



**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudio de Postgrado
Especialización en Derecho Mercantil**

**La Denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a
Inversiones entre Estados y Nacionales y sus Consecuencias Jurídicas
para Venezuela en cuanto al Arbitraje Comercial Internacional.**

**Trabajo Especial de Grado presentado para optar al Título de
Especialista en Derecho Mercantil.**

Autora: María Lucila Olivares Zajía

Tutora: María Teresa Belandria

Caracas, Mayo de 2015

1. Índice.

| | |
|--|---|
| Introducción..... | 4 |
| Objetivos de la Investigación..... | 7 |
| Interrogantes de la Investigación..... | 8 |

Capítulo I

El Arbitraje Comercial Internacional y su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Venezolano

| | |
|--|----|
| 1.1 Antecedentes del Arbitraje..... | 9 |
| 1.2 Definición y Naturaleza Jurídica del Arbitraje..... | 11 |
| 1.3 Normativa Internacional que regula el Arbitraje Comercial..... | 17 |
| 1.4 Normativa que regula el Arbitraje Comercial en Venezuela..... | 20 |

Capítulo II

El CIADI como Mecanismo Alternativo para la Resolución de Conflictos con relación a Inversiones realizadas en Venezuela

| | |
|---|----|
| 2.1 Consideraciones Generales sobre el CIADI..... | 24 |
| 2.2 Jurisdicción del CIADI en materia de Arbitraje..... | 28 |

Capítulo III

Consecuencias Jurídicas que se derivan de la Denuncia de Venezuela del Convenio de Washington, relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

| | |
|--|----|
| 3.1 Consideraciones generales sobre la denuncia del Convenio de Washington por parte de Venezuela..... | 39 |
| 3.2 Efectos jurídicos de la denuncia del Convenio de Washington..... | 41 |

Capítulo IV

El Reglamento del Mecanismo Complementario y Otras instancias para conocer Procedimientos de Arbitraje con ocasión a Inversiones realizadas en Venezuela.

| | |
|---|----|
| 4.1 El Mecanismo Complementario del CIADI como mecanismo alternativo para conocer disputas presentadas contra el Estado Venezolano..... | 50 |
| 4.2 Otras Instancias para conocer Procedimientos de Arbitraje con ocasión a Inversiones realizadas en Venezuela..... | 52 |
| Conclusiones | 61 |
| Esquema de la Investigación..... | 65 |
| Referencias | 67 |

2. **Título:** La denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales y sus Consecuencias Jurídicas para Venezuela en cuanto al Arbitraje Comercial Internacional.

3. **Introducción.**

El arbitraje comercial en Venezuela y en el mundo, es un mecanismo de resolución de controversias que brinda seguridad jurídica a los inversionistas, contribuye al incremento de las relaciones económicas internacionales entre inversionistas venezolanos y extranjeros, y trae como consecuencia el crecimiento y desarrollo del comercio internacional.

Una de las formas más usuales pactadas por los inversionistas y los Estados, o por las empresas para dirimir sus diferencias, es someterlas a un tribunal arbitral que decida de forma expedita y ajustada a derecho una determinada controversia. Luego de un amplio recorrido, tanto en materia normativa como en la práctica del mecanismo del arbitraje, se han creado diversos organismos e instituciones tanto nacionales como internacionales, con el objeto de dirimir controversias que se presenten entre comerciantes a los fines de proteger sus inversiones, intereses y en definitiva las buenas relaciones en el mundo comercial. En este marco institucional, se encuentra el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo "CIADI") una de las organizaciones más relevantes, de gran aceptación y prestigio entre los inversionistas. El CIADI fue creado por el Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en lo sucesivo "Convenio de Washington")¹ , al

¹ Publicado en Gaceta Oficial No. 35.685 de fecha 3 de abril de 1995.

que Venezuela en el año 1995 decidió adherirse y someterse a su jurisdicción para la resolución de controversias.

El CIADI, es un mecanismo de resolución de disputas de inversión aceptado de forma generalizada, que reconoce la función e importancia de las inversiones internacionales de carácter económico, y a través del cual se busca fomentar el desarrollo de las relaciones internacionales, así como el crecimiento del comercio y las inversiones extranjeras. A la jurisdicción de dicho Centro, pueden ser sometidas las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente con ocasión a una inversión entre un estado contratante (miembro del la Convención) y un nacional de otro estado contratante, y además que las partes hayan consentido por escrito, en el contrato someter las diferencias que pudiesen existir a dicho centro.

Ahora bien, el 24 de enero de 2012, Venezuela formalmente denunció el Convenio de Washington, lo que dio inicio a una serie de interrogantes sobre las consecuencias jurídicas y políticas de dicha decisión, así como la influencia en las relaciones de carácter económico internacional de Venezuela y los inversionistas. A nivel comercial, dicha decisión implica un freno a los inversionistas y por ende la disminución de la inversión extranjera en el país, debido a que éstos últimos no cuentan con un mecanismo jurídico que les permita defender sus intereses y salvaguardar su inversión frente actuaciones del Estado Venezolano, y que ante esa ausencia de normas, estado de derecho, justicia imparcial y reglas de juego clara, se menoscaben o lesionen sus derechos.

A los fines de hacer un análisis detallado del alcance de dicha decisión en el ámbito del derecho mercantil, el presente trabajo centra su estudio en torno al arbitraje comercial y las consecuencias jurídicas que acarrea la denuncia de Venezuela del Convenio de Washington, en cuanto al

sometimiento de controversias que se susciten con ocasión a inversiones realizadas en el país, en las cuales se cumplan con los requerimientos estipulados para ello para su sometimiento ante el CIADI.

La problemática versa sobre la jurisdicción de dicho Centro, bien para conocer disputas que se encuentran en curso y que fueron sometidas ante el CIADI en el período en que la Convención de Washington se encontraba vigente (1995-2012), así como por las disputas presentadas ante el CIADI con posterioridad a la denuncia del Convenio de Washington, que Venezuela formalizó el 24 de enero de 2012. Asimismo, se examinarán otros mecanismos que se mantienen vigentes y que pueden ser empleados por los inversionistas y comerciantes para dirimir sus controversias, en otras instancias arbitrales internacionales y nacionales, y que les permitan salvaguardar sus derechos e intereses en torno a inversiones que sean realizadas en Venezuela.

4. Objetivos de la Investigación.

Objetivo General:

Analizar el arbitraje comercial internacional y las consecuencias jurídicas de la denuncia de Venezuela del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativa a Inversiones entre Estados y Nacionales.

Objetivos Específicos:

1. Explicar el arbitraje comercial internacional y su regulación en el ordenamiento jurídico internacional y en Venezuela.
2. Describir el CIADI como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos con relación a inversiones realizadas en Venezuela.
3. Estudiar las consecuencias jurídicas que se derivan de las denuncias de Venezuela del Convenio de Washington, relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.
4. Explicar los mecanismos vigentes posteriores a la denuncia del Convenio de Washington, en relación a Procedimientos de Arbitraje con ocasión a Inversiones realizadas en Venezuela.

5. Interrogantes de la Investigación.

¿Cómo el ordenamiento jurídico venezolano regula el arbitraje comercial internacional?

¿Es el CIADI un organismo competente para conocer procedimientos de arbitraje comercial, en relación a inversiones realizadas en Venezuela?

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la denuncia de Venezuela del Convenio de Washington, en relación a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados?

6. Marco Teórico.

El objetivo del presente trabajo es el análisis del arbitraje comercial internacional y las consecuencias jurídicas de la denuncia del Estado venezolano del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales.

Capítulo I: El Arbitraje Comercial Internacional y su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Venezolano.

1.1 Antecedentes del Arbitraje.

A los fines del desarrollo del presente trabajo, es importante hacer referencia a la evolución histórica de la institución del arbitraje, y que tiene gran influencia en su posterior regulación jurídica. Su origen histórico está relacionado con el nacimiento del derecho mercantil, que se encuentra íntimamente ligado a la actividad de gremios y corporaciones de mercaderes que se organizaron en ciudades medievales, para la mejor defensa de los intereses comunes de cada gremio. Incluso, el autor Hernando Díaz-Candía², afirma que la institución del arbitraje precedió a la jurisdicción estatal, ya que en la antigua Roma, antes de constituirse los tribunales judiciales, las controversias en materia comercial, eran resueltas por terceros, usualmente ciudadanos no vinculados a la estructura del estado y percibidos como imparciales ante las partes.

Si bien existe evidencia de los inicios del arbitraje, incluso en la época de la antigua Grecia, fue en la Europa de los Siglos XII y XIII en la Edad Media cuando surge el arbitraje comercial de manera organizada, en ferias y ciudades comerciales y puertos, debido a la necesidad de los comerciantes

² DÍAZ-CANDÍA, Hernando: *El Correcto Funcionamiento Expansivo del arbitraje*. Segunda Edición. Caracas. Legis, 2013, p.3.

de resolver sus controversias. Existen discrepancias entre el arbitraje comercial de dicha época y su concepción actual, pero la necesidad de soluciones ágiles, eficaces y oportunas se consideran como los orígenes de dicha institución para resolver conflictos entre comerciantes a través de un tercero imparcial.

El arbitraje comercial tuvo su evolución en América Latina, y sus primeros antecedentes, tal como indica el autor Hernando Díaz- Candía, datan de la llegada de los conquistadores españoles al continente americano³. Específicamente, en el derecho español vigente durante el período de la Colonia, el arbitraje fue materia de regulación en varias disposiciones, entre ellas el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Ordenanzas Reales de Castilla⁴.

Si bien los inicios del arbitraje surgen de la necesidad de los comerciantes para resolver sus disputas con ocasión a sus actividades comerciales, resulta importante mencionar que desde otra vertiente, los intentos internacionales por proporcionar acuerdos entre naciones hicieron que la figura del arbitraje fuese implementada en dicho ámbito. El arbitraje contemporáneo resulta de la convergencia de tres elementos que surgieron por separado. Como afirma el autor Hernando Díaz- Candía⁵, en primer lugar, se encuentra el arbitraje entre Estados, ante la inexistencia de autoridades pre-constituidas y con jurisdicción para resolver controversias con fuerza para ser ejecutadas se empleó entonces el arbitraje con el

³ Probablemente el primer caso de arbitraje documentado con incidencia en Venezuela fue el conocido como la *Controversia Fabiani*, cuyo origen se remonta a finales del siglo XIX. El Sr. Fabiani, tenía negocios en Venezuela con los señores Benito y Andrés Roncayolo, y debido a diferencias comerciales decidieron someter el caso a arbitraje. El laudo fue dictado en el año 1880 en Suiza, obteniendo el Sr. Fabiani el triunfo, a lo que posteriormente la contraparte solicitó la nulidad de la cláusula contractual, así como del Laudo. *Caso: Antoine Fabiani Vs. Benito Roncayolo y Andrés Roncayolo*. DÍAZ-CANDÍA, H: *El Correcto Funcionamiento... op. Cit.*, p.4.

⁴ DÍAZ-CANDÍA, H: *El Correcto Funcionamiento... op. Cit.*, p.4.

⁵ DÍAZ-CANDÍA, H: *El Correcto Funcionamiento... op. Cit.*, p.6.

consentimiento de los Estados en disputa. En segundo lugar, el arbitraje estrictamente comercial, mediante el cual los comerciantes se sustraían de la jurisdicción estatal para someterse a una institución compuesta por personas (árbitros), elegidos por ellos y con mejor conocimiento de las prácticas comerciales. En tercer lugar, el arbitraje de inversiones, que se configuró a través de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TBI), donde formalmente se previó la constitución de tribunales arbitrales como órganos externos a los Estados y por lo tanto imparciales.

Dichas vertientes, contribuyeron a establecer los tres tipos de arbitrajes que hoy se conocen; a) arbitraje de Estados; b) arbitraje de inversiones y c) arbitraje comercial. Estos tipos de arbitraje si bien son diferenciables, están interconectados y relacionados por la dinámica de la globalización, acceso a la información y los elementos comunes que comparten.⁶

1.2. Definición y Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

Para los propósitos y alcance de este trabajo, consideramos necesario definir el arbitraje, así como su naturaleza jurídica que posee como un acuerdo contractual o jurisdiccional.

El arbitraje ha sido definido por el Dr. Hernando Díaz – Candía⁷ como una institución mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, con base esencial en la voluntad y consentimiento de las partes, en concurrencia con la jurisdicción o competencia estatal, para resolver de manera vinculante una controversia a través de la aplicación de normas preexistentes, en el uso de un procedimiento jurisdiccional, pero no rígido, para el cual la flexibilidad – que

⁶ DÍAZ– CANDÍA, H: *El Correcto Funcionamiento Expansivo... op.cit.*, p. 6.

⁷ DÍAZ – CANDÍA, H: *El Correcto Funcionamiento Expansivo... op.cit.*, p. 12.

no arbitrariedad-, inclusive en la valoración de pruebas es esencial. Dicho autor la asemeja al Poder Judicial en cuanto a su carácter jurisdiccional, aunque sean dos instituciones distintas, así como confirma que eliminar algún elemento a su definición se pueda tender a equipararlo con el Poder Judicial o con otros medios alternativos de resolución de conflictos como lo son la mediación o conciliación.

Por su parte, el Dr. Ivor Mogollón⁸ ha definido el arbitraje comercial como un mecanismo de resolución de disputas, donde a partir de un convenio, se generan efectos procesales evidentes. El convenio creador del arbitraje, le concede a una tercera persona, el árbitro, la facultad de emitir una decisión vinculante a las partes que proveyeron por la celebración del procedimiento arbitral. Dicho autor reitera que el arbitraje comercial nace del acuerdo entre las partes, fuente básica, fundamental del poder otorgado al árbitro, y que dichos poderes se complementarán con los límites y potestades conferidas por la legislación.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el arbitraje puede ser considerado como una institución convencional, ya que tiene su base en documentos contractuales. La base del arbitraje comercial reside en un contrato, mientras que en el arbitraje de inversiones, es el acuerdo que se forma por el consentimiento del Estado, contenido en un tratado o en una ley nacional, pero que a su vez puede estar establecido en un contrato, y por la otra parte es necesario el consentimiento del inversionista. Por último, en el arbitraje entre Estados, el consentimiento es expresado a través de los tratados, y cuyo campo de estudio corresponde al Derecho Internacional Público y regulados por la Convención sobre Derecho de los Tratados.

⁸ MOGOLLÓN ROJAS, Ivor: *El Arbitraje Comercial Venezolano*. Caracas. Vadell Hermanos Editores, 2004, p. 17.

Hasta el siglo pasado, la clasificación anteriormente descrita ponía fin al debate entre arbitraje ordinario (comercial), y el arbitraje entre Estados, en los últimos años la naturaleza contractual del arbitraje comenzó a ser parte de leyes especiales, que lo caracterizan jurídicamente. Asimismo, visto el nacimiento del arbitraje de inversiones, la voluntad de las partes se complementa en cuanto a sus efectos por leyes y tratados.

En Venezuela, es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en sus artículos 253 y 258 (en lo sucesivo la “Constitución”)⁹, donde se regula el arbitraje, por lo que en un contexto general, ni siquiera el arbitraje comercial, puede ser considerado como algo meramente contractual. Si bien el arbitraje tiene su origen o base en un contrato, el autor Hernando Díaz- Candía¹⁰ afirma que dicho factor no es incompatible con su naturaleza jurisdiccional.

El hecho de que los laudos dictados por el tribunal arbitral sean ejecutivos, mas no ejecutorios, debido a que el uso de la fuerza pública para ejecutar un laudo no puede ser realizada por personas que no pertenezcan a la estructura del Estado, así como el hecho de que los árbitros sean administradores de justicia y no simples sujetos contractuales, hace que el arbitraje posea una característica jurisdiccional especial, pero sin llegar a la estatización o judicialización del sistema, ya que este perdería su esencia. El arbitraje es y debe seguir siendo un mecanismo externo al Estado, por lo que si bien nuestra Constitución lo define como un medio alternativo de resolución de conflictos, éste debe mantener sus diferencias con el Poder Judicial.

⁹ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.908 de fecha 19 de febrero de 2009.

¹⁰ DÍAZ – CANDÍA, H: *El Correcto Funcionamiento Expansivo... op.cit.*, pp. 14 y ss.

Vista la consagración constitucional de la figura de arbitraje, resulta importante hacer mención al principio de inmunidad de jurisdicción contenido en la Constitución, así como determinar su aplicabilidad o no sobre aquellos contratos de interés público que sean suscritos por el Estado, en lo que a materia de arbitraje se refiere. Al respecto, el artículo 151¹¹ consagra que en los contratos de interés público, se considerará incorporada aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que se susciten sobre dichos contratos y que no llegasen a ser resueltas amigablemente por las partes, serán decididas por los tribunales de la República, de conformidad a sus leyes, sin que por ningún motivo pudiesen dar origen a reclamaciones extranjeras. En relación a dicho principio, se puede hacer mención a los aspectos que lo componen que han sido delineados en Dictamen emitido por la Procuraduría General de la República en fecha 19 de diciembre de 1996¹² (“Dictámen”), suscrito por el Dr. Jesús Petit Da Costa, en su carácter de Procurador General de la República para ese momento.

El Dictámen hace alusión a que la Inmunidad de Jurisdicción “*es el principio según el cual los Estados no pueden ser sometidos sin su consentimiento a los Tribunales de otro Estado*”. Vista dicha definición, se determina que el consentimiento del Estado, debe estar debidamente

¹¹ Artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (ejusdem): “En los contratos de interés público, si no fuere impropio de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”

¹² PETIT DA COSTA, Jesús: “Dictámen 4211 de 19 de Diciembre de 1996”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 102. Caracas. Universidad Central de Venezuela. 1997, pp. 295 y ss.

manifestado para que la autoridad extranjera, pueda conocer disputas o reclamaciones que se presenten en contra de Venezuela.

Adicionalmente, el Dictamen indica que dicho principio surge como el resultado imperante en la doctrina clásica del Derecho Internacional, que exige la aplicación absoluta de la paridad entre los Estados, *“por lo que los Estados como tales no podían ser demandados ante tribunales distintos a los suyos, por cuanto ningún Estado podía tener jurisdicción sobre otro, sin violar la regla universal de la igualdad entre Estados soberanos”*.

En cuanto al tipo de contratos que gozan de dicha inmunidad, la Constitución señala los contratos de interés público. Tanto el Dictamen como la doctrina venezolana han tendido a equiparar los contratos de interés público con los contratos administrativos¹³. Ahora bien, al respecto, la Procuraduría General de la República acogió el criterio del autor Alfredo Morles Hernández¹⁴, el cual hace alusión a 2 posturas para determinar lo que pudiese ser considerado como contrato de interés público.

La primera de ellas señala que, el constituyente buscó crear una categoría más amplia que la de los contratos administrativos, ya que en ciertos contratos de derecho común en los cuales fuera parte el Estado, convenía que pudiera negociarse la elección de una jurisdicción distinta a la

¹³ El autor Luís Brito García señala que no existe diferencia alguna entre la expresión constitucional contrato de interés público, y el término doctrinario contrato administrativo de la Administración, al cual definía como aquel en el cual la Administración, actuando en su carácter de tal, esto es, persiguiendo sus finalidades de orden público que le corresponde cumplir, celebra con un tercero un pacto cuyo objeto tiene a dar cumplimiento a una finalidad de interés público. Por su parte, el autor Eloy Lares Martínez, ha señalado que la expresión Contrato de Interés Nacional equivale a la de Contratos de Interés Público Nacional, ya que del análisis de las distintas reglas contenidas en el citado artículo 126 de la Constitución, se deduce que existe una expresión genérica – la de contratos de interés público, perfectamente asimilable a la de contratos administrativos- y expresiones específicas, que son: contratos de interés nacional, contratos de interés estatal y contratos de interés municipal. Por lo tanto, los contratos de interés nacional forman parte de la categoría de contratos administrativos. PETIT DA COSTA, J: “Dictámen 4211.... *op. cit.*, pp 303 y ss.

¹⁴ PETIT DA COSTA, J: “Dictámen 4211.... *op. cit.*, p. 306.

nacional, dejando al legislador la libertad de precisar cuáles eran estos contratos. Por otro lado, la segunda postura corresponde a que en caso de que fuese aceptada la tesis de la doctrina venezolana que equipara los contratos de interés público con los contratos administrativos, la expresión de naturaleza del contrato para distinguir uno de otro y decidir en cuál de ellos puede renunciarse a la inmunidad de jurisdicción, tiende a distinguir entre contratos en los cuales la doctrina y la práctica internacionales acepta que pueda haber pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros y contratos en los cuales dicha situación resulta inadmisibles. Es por ello, que para el caso objeto del presente estudio y según la postura expresada en el Dictámen, debe acudir al criterio sostenido por otros Estados en cuanto a la jurisdicción de Centros de Arbitraje, y en específico al CIADI, para conocer disputas o reclamaciones que se presenten contra actuaciones por parte de los Estados.

En definitiva, se puede concluir que si bien el artículo 151 de la Constitución prevé que en los contratos de interés público se considerará incorporada aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que se susciten sobre dichos contratos y que no llegasen a ser resueltas amigablemente por las partes, *serán decididas por los tribunales de la República, de conformidad a sus leyes, sin que por ningún motivo pudiesen dar origen a reclamaciones extranjeras*, se debe tener en cuenta, que para el caso de que ciertas diferencias sean sometidas ante el CIADI, es el propio Estado quien deberá dar su consentimiento expreso para someter dicha disputa ante un tribunal arbitral; mediante una cláusula escrita contentiva de un consentimiento inequívoco de acudir a arbitraje. Es el Estado quien debe renunciar a la disposición constitucional antes mencionada. De ser así, es el Estado quien acepta acudir ante un

centro arbitral, jurisdicción que es exclusiva y excluyente de los tribunales venezolanos. Visto lo expuesto, se concluye que el hecho de que el Estado venezolano acuda ante al CIADI a resolver disputas con ocasión a contratos de interés público, no viola el principio contenido en el artículo 151 de la Constitución, ya que es el propio Estado quien consiente en someterse ante un centro arbitral extranjero, por lo que se deberá determinar según cada caso en concreto, si la disputa puede ser conocida o no por un tribunal arbitral extranjero en concordancia con lo establecido en el artículo 151 de la Constitución.

1.3 Normativa Internacional que regula el Arbitraje Comercial.

La regulación internacional del arbitraje surgió de la necesidad de hacer eficaz y efectivo el contenido del laudo o sentencia arbitral. Como antecedente más remoto en materia de arbitraje, la autora Shirley Sánquiz hace alusión al Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 1911¹⁵, el cual fue ratificado por Venezuela el 19 de diciembre de 1914, y constituye la única norma (americana) que se pronuncia sobre la eficacia de las medidas cautelares, sin distinguir aparentemente si son judiciales o arbitrales, permitiéndose su eficacia a través de exhortos y/o cartas rogatorias.

La normativa internacional, se encuentra recogida en tratados internacionales, y que a efectos del presente trabajo, se divide en dos grupos temáticos. El primero, se encuentra específicamente relacionado con el arbitraje internacional en general, y especialmente con la eficacia extraterritorial y el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral. En este

¹⁵ SÁNQUIZ PALENCIA, Shirley: *El Derecho aplicable al Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Venezolano*. Primera Edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2005, p. 43.

grupo el documento fundamental es la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)¹⁶, ya que sienta las bases para el desarrollo progresivo del arbitraje comercial internacional. Esta Convención ha sido complementada por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)¹⁷ y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo)¹⁸. Las Convenciones antes mencionadas, en líneas generales buscan regular la ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero, y contienen lineamientos relacionados con el arbitraje internacional así como el reconocimiento de las decisiones dictadas por dichos tribunales arbitrales en Venezuela, así como su ejecutoriedad a través de las autoridades competentes.

Al respecto, resulta importante mencionar que el objeto de la Convención de Nueva York como indica el artículo 1, es regular el reconocimiento y ejecución de (i) laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto a aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichos laudos; y, (ii) sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución. Dicha Convención, junto a la Convención de Panamá, como sostuvo la extinta Corte Suprema de Justicia¹⁹, se aplican de forma

¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.832 de fecha 29 de diciembre de 1994.

¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial No. 33.170 de fecha 22 de febrero de 1985.

¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial No. 33.144 de fecha 15 de enero de 1985.

¹⁹ Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 9 de octubre de 1997 (caso Embotelladora Caracas, C.A. y otras Vs. Pepsi Cola Panamericana, S.A): "Ninguna de las Convenciones (...) contiene reglas relativas a la prioridad de la aplicación de las mismas. Tan sólo el artículo VII, párrafo 1º, de la Convención de las Naciones Unidas se limita a señalar que las disposiciones de esa Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes (...). La Convención Interamericana, posterior a la fecha de la Convención de las Naciones Unidas, sigue muy de cerca las disposiciones de ésta última. Tal fue la intención de hacerlas compatibles. Sin embargo, no todas las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana figuran

concomitante y complementaria, por lo que tienen una vigencia simultánea en el ordenamiento jurídico venezolano. Dicha aplicación armónica de ambas Convenciones, se debe a que no existen verdaderas contradicciones entre ambas, por lo que, en el futuro, para un determinado caso en el que se determinen ciertas discrepancias entre una y otra, deberá acudir a los principios generales del derecho, y normas especiales que prevalecen sobre las normas generales.

El segundo grupo, está conformado por un conjunto de tratados internacionales, multilaterales y bilaterales en materia comercial internacional y en materia de inversiones extranjeras, que reconocen en la figura del arbitraje uno de los medios idóneos para la solución de controversias. Dentro de éstos destaca el Convenio de Washington y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA)²⁰, que contienen las normas referidas al tratamiento y protección de las inversiones, y favorecen al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Por último, como fuente internacional y antecedente para Venezuela en materia de arbitraje comercial, se encuentra la Ley Modelo de Arbitraje Comercial aprobada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL), y que sirvió de base para la formulación de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (en lo sucesivo "LAC")²¹, que contiene las normas a ser aplicadas en caso de arbitraje comercial internacional. Sin embargo, tal y como se analizará más adelante, la LAC se apartó sustancialmente de las disposiciones contenidas en la Ley modelo (UNCITRAL) al regular su ámbito de aplicación, por lo que

en la Convención de las Naciones Unidas. A pesar de lo anterior, no puede afirmarse que las disposiciones no incluidas contradigan lo dispuesto en la Convención Interamericana (...). *La anterior circunstancia, impone entonces aplicar en forma concomitante y complementaria las disposiciones de ambas Convenciones*" (resaltado nuestro).

²⁰ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.634 de fecha 22 de septiembre de 1993.

²¹ Publicada en Gaceta Oficial No. 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

su invocación para dirimir el arbitraje comercial internacional tiene diferentes interpretaciones como especificado más adelante.

1.4 Normativa que regula al Arbitraje Comercial en Venezuela.

La legislación venezolana contentiva de normas que regulan el arbitraje comercial, tienen un antecedente remoto en el primer Código de Procedimiento Civil de 1836, así como en sus reformas sucesivas. El Código de Procedimiento Civil de 1916, no establecía sanciones en caso de incumplimientos de la cláusula compromisoria de arbitraje, así como ratificaba la necesidad de la homologación de laudo por parte de la jurisdicción ordinaria, de allí que la consagración legal del arbitraje era poco efectiva. El mayor avance ocurre con la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 (en lo sucesivo “CPC”)²².

El CPC vigente, establece en su artículo 608²³, disposiciones tendientes a regular al arbitraje en general, sin hacer distinción entre arbitraje nacional o internacional. Asimismo, dentro de sus postulados más relevantes se pueden mencionar los siguientes: (i) el carácter obligatorio de la cláusula compromisoria. En caso de contradicción, se hará un procedimiento expedito el cual no incluye un lapso probatorio y una apelación, pero se considerará la sentencia del tribunal superior con efectos de cosa juzgada; y, (ii) el carácter vinculante del laudo arbitral sin necesidad de homologación por la jurisdicción ordinaria, es decir, se considera una sentencia firme cuya ejecución se realiza conforme a lo previsto en el propio Código.

²² Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.196 de fecha 2 de agosto de 1990.

²³ Artículo 608 del Código de Procedimiento Civil (ejusdem): “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”.

Por lo antes expuesto, si bien existen disposiciones en materia de arbitraje contenidas en el CPC, es a partir de la promulgación de la LAC²⁴ en el año 1998, que el ordenamiento jurídico venezolano presenta su mayor desarrollo en cuanto a normas se refiere. La LAC resulta de aplicación preferente cuando las controversias sometidas a arbitraje sean de naturaleza comercial.

En relación a la LAC, resulta importante mencionar que en virtud de lo establecido en su artículo 1²⁵, ha surgido la interrogante de si la misma resulta aplicable al arbitraje comercial internacional o si por el contrario, ésta se limita al arbitraje interno.

Dicha situación, ha sido objeto de debates dentro de Venezuela y los doctrinarios analizaron la factibilidad de aplicabilidad de la LAC al arbitraje comercial internacional. En efecto, autores de reconocida trayectoria en la materia como Tatiana Maekelt y Arístedes Rengel Romberg²⁶, afirman que la inclusión de ciertas disposiciones que interesan al arbitraje comercial internacional como son : (i) la supremacía de los tratados internacionales sobre la LAC; (ii) las normas tendientes a regular el lugar del arbitraje así como el idioma en que se debe seguir dicho procedimiento; y, (iii) el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, y el establecimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para regular el derecho aplicable al acuerdo arbitral, son razones suficientes para concluir que la LAC es aplicable al arbitraje comercial internacional.

²⁴ Publicada en Gaceta Oficial No. 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

²⁵ Artículo 1 de la Ley de Arbitraje Comercial (ejusdem): "Esta Ley se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente".

²⁶ SANQUIZ P, S: *El Derecho aplicable al Arbitraje Comercial..... op.cit.*, p. 54.

Igualmente, autores como James Otis Rodner y Roland Matthies²⁷, sostienen que la omisión de la palabra 'internacional' del artículo primero de la LAC, buscaba extender su ámbito de aplicación no solo al arbitraje internacional, sino también al arbitraje interno.

Por su parte, la autora Shirley Sánquiz Palencia²⁸, afirma que la LAC carece de regulación sobre aspectos medulares del arbitraje comercial internacional, debido a la ausencia de regulación en cuanto al derecho aplicable al fondo de la controversia, lo cual sería de especial relevancia para casos donde se encuentran involucradas relaciones comerciales entre personas o entidades jurídicas de distintos países.

Una vez analizadas las diversas posturas existentes en la doctrina, se concluye que si bien la LAC es confusa en cuanto a su aplicabilidad para arbitrajes internacionales, ésta regula principios de carácter fundamental que interesan tanto al arbitraje internacional como al nacional, siendo estos: (i) el carácter obligatorio del acuerdo arbitral; (ii) su carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria; (iii) el principio de la autonomía del acuerdo arbitral; (iv) el principio Kompetenz-Kompetenz, que es una consecuencia del principio de la autonomía de la cláusula arbitral, y el cual se refiere a la facultad del tribunal arbitral para ser el primero en decidir sobre su propia competencia; (v) la aplicación preferente de la fuente internacional; (vi) el auspicio del arbitraje institucional; y, (vii) la facilidad de ejecución del laudo arbitral al eliminar el juicio previo de exequatur. Dichos principios, sumados a los tratados internacionales ratificados por Venezuela en torno al arbitraje comercial, deberán ser considerados como las directrices generales

²⁷ SANQUIZ P, S: *El Derecho aplicable al Arbitraje Comercial..... op.cit.*, p.55.

²⁸ SANQUIZ P, S: *El Derecho aplicable al Arbitraje Comercial..... op.cit.*, p.55.

adoptadas en el ordenamiento jurídico venezolano para regular tanto al arbitraje comercial internacional como al arbitraje comercial interno.

Finalmente, la Constitución vigente, consagró por primera vez en su artículo 258²⁹ el principio relativo a la promoción del arbitraje comercial como medio alternativo de solución de conflictos. Ciertamente, dicho artículo significa la materialización constitucional de lo que se conoce como el principio *pro arbitrii* (principio en favor del arbitraje), que consiste en la obligación que tienen todos los organismos del Estado para adoptar una interpretación que favorezca, impulse, otorgue validez y eficacia práctica al arbitraje.

Vista dicha norma constitucional, el arbitraje ha dejado de ser inferior, una norma subsidiaria y subordinada al Poder Judicial en cuanto a derechos de las partes ya que obtuvo rango constitucional. Asimismo, debido a la naturaleza jurisdiccional otorgada al arbitraje, los árbitros deben de cumplir principios constitucionales, tales como, la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Si bien el arbitraje es distinto a los procedimientos judiciales, no es inferior a éste último, ni siquiera, cuando se trate de asuntos que interesen al orden público. El arbitraje forma parte del sistema de justicia venezolano, y como tal, se le aplican todos los derechos con implicaciones procesales, de rango constitucional.

Asimismo, el artículo 253³⁰ de la Constitución consagra que el sistema de justicia venezolano está integrado por el Tribunal Supremo de Justicia, los

²⁹ Artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (ejusdem): “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

³⁰ Artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (ejusdem): “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia,

demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios y funcionarias de justicia, el sistema penitenciario y ***los medios alternativos de justicia***, (subrayado nuestro), lo que permite concluir que dicha norma suprema considera a los tribunales arbitrales como parte del sistema de justicia venezolano tendentes a resolver conflictos entre particulares.

De conformidad con lo antes expuesto, se afirma que por primera vez se incorpora una norma de rango constitucional a favor de la promoción de los medios alternativos de resolución de conflictos, dentro de los cuales está el arbitraje comercial, es decir, el sistema de justicia no solo debe y puede emplear el arbitraje, sino que el estado está obligado a promulgar las normas que favorezcan y fomenten la utilización de éste como mecanismo alternativo para resolver conflictos o controversias.

Capítulo II: El CIADI como Mecanismo Alterno para la Resolución de Conflictos con relación a Inversiones realizadas en Venezuela.

2.1 Consideraciones Generales sobre el CIADI.

A principios de los años sesenta, el Banco Mundial consideró que no era conveniente para el buen funcionamiento del Banco, involucrarse en procesos de mediación o conciliación entre gobiernos e inversionistas privados. Esta situación, obligó a los estados a dotarse de un mecanismo legal negociándose y aprobándose el Convenio de Washington. Este tratado que crea el CIADI fue adherido por Venezuela y entró en vigor en nuestro país el 1 de junio de 1995³¹. Con la adhesión al Convenio de Washington, los Estados partes reconocen que los métodos internacionales para el arreglo de

el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados y abogadas autorizadas para el ejercicio”.

³¹ Publicado en Gaceta Oficial No. 35.685 de fecha 3 de abril de 1995.

diferencias, en particular la conciliación y el arbitraje, son apropiados para la solución de conflictos que puedan surgir entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes, así como, se brinda a las partes la oportunidad de acudir a un foro neutral y autónomo que proporcione un equilibrio entre los intereses de cada una de las partes involucradas en la disputa.

Según la Exposición de Motivos de la Ley Aprobatoria del Convenio de Washington antes citada, una primera consideración a favor de la ratificación de este tratado, consistía en el estímulo que ello podía significar a la inversión extranjera en Venezuela, al evidenciar la voluntad del Estado de dotarse de un instrumento idóneo para resolver eventuales diferencias con los inversionistas. Asimismo, se destacó que este instrumento podía servir a los inversionistas venezolanos para resolver diferencias que pudieran surgir respecto de las inversiones venezolanas en otros países. Una segunda consideración expuesta, fue la conveniencia de disponer de un instrumento legal, que sustituyera el recurso de la nacionalidad del inversionista extranjero o invocar la protección diplomática de su Estado.

La tercera consideración de la Exposición de Motivos de la Ley Aprobatoria del Convenio de Washington a favor de su aprobación, derivó del hecho de que Venezuela ya había celebrado varios Tratados de Protección de Inversiones (TBI), y para ese momento ya se había ratificado el TBI entre Holanda y Venezuela, estableciéndose en ellos el recurso de arbitraje ante el CIADI y justificaba el legislador de la época que de no ratificarse el Convenio de Washington, dicho recurso (el CIADI) podría solamente utilizarse bajo las Reglas del Mecanismo Complementario, destacándose la conveniencia de que Venezuela fuese un Estado miembro activo del Convenio de Washington.

De acuerdo a lo establecido en el Convenio de Washington, el CIADI tiene su propio Reglamento Administrativo y Financiero, así como sus reglas procesales, conforme a las cuales se llevan sus procedimientos. Mantiene listas de árbitros y conciliadores formadas por personas debidamente calificadas y designadas por períodos de seis (6) años (renovables) por cada Estado parte del Convenio de Washington, así como por el Presidente del Consejo Administrativo.

Originalmente, se había concebido que el consentimiento para la jurisdicción al Centro derivara principalmente de las cláusulas o acuerdos de arbitraje. No obstante, las fuentes del consentimiento han sido ampliadas debido a la proliferación de tratados bilaterales o multilaterales en materia de promoción y protección de inversiones, que contemplan el arbitraje ante el CIADI como mecanismo de solución de controversias, como se encontraba en mayoría de los TBI suscritos por Venezuela, dentro de los cuales se pueden mencionar los TBI suscritos con España, Reino Unido, entre otros.

Durante los primeros años de vigencia del Convenio de Washington, el CIADI fue muy poco utilizado, teniendo su mayor auge en los años 90 y que aumento a partir del año 2000, en la cual el arbitraje de inversión y en particular ante el CIADI adquirió mayor popularidad a nivel mundial. Para el año 2014, el veintisiete por ciento (27%) de los casos presentados ante el CIADI dirimen controversias de países de América Latina, siendo Venezuela el país de la región con más casos presentados en su contra.

Desde un punto de vista sustantivo, en el arbitraje de inversiones los árbitros tienen un importante rol en la elaboración de lo que se ha denominado el nuevo derecho internacional de las inversiones extranjeras, habida cuenta de que la ley aplicable al fondo de las controversias no es necesariamente aquella cuya aplicación mandaría el Derecho Internacional

Privado. En el caso del arbitraje bajo el Convenio de Washington, el tribunal arbitral debe decidir conforme a las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, se aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo su normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional Público que pudieran ser aplicables.

Por otra parte, resulta importante mencionar que a diferencia de otros procedimientos de arbitraje, las controversias ante el CIADI, no están referidas a disputas comerciales que surjan por cualquier tipo de incumplimiento contractual. El objeto del arbitraje ante el CIADI, se refiere explícitamente a las disputas de protección de inversiones y el cumplimiento de obligaciones internacionales a cargo de los Estados.

De lo antes expuesto, resulta importante destacar la opinión de Diógenes Bermúdez³² en cuanto a las diferencias entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión. En este sentido, el autor hace mención a que, el arbitraje comercial tiene su origen en una cláusula contractual, mientras que el arbitraje de inversión tiene su origen en un tratado internacional. Específicamente, el arbitraje de inversión surge de la aceptación por un inversionista de una oferta de arbitraje efectuada por el Estado receptor en un tratado de inversión. Por lo demás, la pretensión del inversionista cuando demanda al Estado en un arbitraje de inversión, se basa normalmente en el incumplimiento de las obligaciones específicas de protección establecidas en el mismo tratado bilateral en que el Estado ha hecho su oferta de arbitraje.

³² BERMÚDEZ, D: *El Arbitraje en los Tratados de Protección de Inversiones...* Op.cit., pp. 99 - 100.

Asimismo, señala Diógenes Bermúdez que es posible que los Estados convengan en el marco de un contrato en someter controversias derivadas de dicho contrato a mecanismos para la solución de controversias similares a los previstos en los tratados de inversión, es decir, a un procedimiento de arbitraje ante el CIADI. En este caso, el consentimiento del Estado para someterse a arbitraje es realmente de origen contractual y no estaría basado en una oferta de arbitraje contenida en un tratado de inversión, que podría incluso no existir para el caso específico.

Por último, resulta indispensable destacar, que el consentimiento del Estado Receptor puede ser otorgado mediante una oferta general de arbitraje contenida en una ley interna, en cuyo caso la fuente del consentimiento dado por el Estado no sería el tratado, sino la ley.

2.2. Jurisdicción del CIADI en materia de Arbitraje.

La jurisdicción del CIADI se encuentra regulada en el artículo 25 (1)³³ del Convenio de Washington, y establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante. Asimismo, reitera que el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. Respecto al consentimiento, se ratifican las consideraciones realizadas *ut supra* en relación al Dictamen emitido por la Procuraduría General de la República.

³³ Artículo 25 (1) del Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (ejusdem): "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado".

De la lectura e interpretación de dicha disposición, se desprende que la disputa a ser sometida ante el CIADI debe cumplir con los siguientes requisitos concurrentes³⁴:

1. Las diferencias deben de ser de naturaleza jurídica.
2. La disputa debe presentarse entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante.
3. La disputa debe surgir directamente de una inversión. En este punto si bien el Convenio de Washington no establece una definición de lo que se entiende por inversión, es una práctica estándar para verificar el cumplimiento de dicho requisito, remitirse al concepto de inversión previsto en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones.
4. Las partes deben consentir por escrito someter la diferencia o disputa ante el CIADI. A los fines de que sea considerado un arbitraje comercial, dicho consentimiento debe estar expresado en un contrato.

De los requisitos antes mencionados, tomamos las consideraciones que Andrés Mezgravis³⁵ realizó en cuanto a la definición e implicaciones de cada uno de ellos.

1. Controversia de Naturaleza Jurídica.

Debe existir el derecho u obligación jurídica para que la controversia sea sometida al CIADI, lo que se excluye diferencias meramente políticas o comerciales. En este sentido, tal y como indicado por el autor antes mencionado, los tribunales arbitrales del CIADI han acogido la definición de

³⁴ BERMÚDEZ, D: *El Arbitraje en los Tratados de Protección de Inversiones...* Op.cit., p .121.

³⁵ MEZGRAVIS, Andrés: "Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI". *Arbitraje Comercial Interno e Internacional*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 375 y ss.

controversia adoptada por la Corte Internacional de Justicia en varios fallos, los cuales han señalado que se trata de un “*desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vistas jurídicos*”, o una “*situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión de cumplimiento o incumplimiento de una obligación jurídica*”³⁶. Se ha dicho que puede considerarse que existe una controversia en los términos del Convenio de Washington, “*cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones, o cuando la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra*”.³⁷ Por su parte, no basta que la controversia sea producto del mero cumplimiento o incumplimiento contractual por parte del Estado. El Estado puede incumplir un contrato sin incumplir un tratado internacional y viceversa. La violación de un tratado puede ser lícita bajo una norma del derecho interno, y lo que constituye un ilícito bajo el derecho interno puede que no implique la violación de un tratado. Si bien en la práctica puede coincidir la violación del derecho interno y de las disposiciones de un determinado tratado, deben distinguirse, pues suponen la aplicación de fuentes de derecho distintas. El incumplimiento de un tratado, en principio implica la aplicación del derecho interno, la responsabilidad exclusiva del ente contratante y la resolución de la controversia mediante el mecanismo especificado en el contrato (que estableció el arbitraje). Por su parte, en materia de protección de inversiones la caracterización de un acto como internacionalmente ilícito, supone la responsabilidad del propio Estado conforme al derecho internacional público,

³⁶ MEZGRAVIS, A: “Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI”. *Arbitraje Comercial ... Op.cit.*, p. 375.

³⁷ Caso CIADI No. ARB/97/7, 25 de enero de 2005 (Emilio Agustín Maffezini Vs. Reino de España), www.ICSID.worldbank.org. Asimismo, Caso CIADI No. ARB/03/4, 7 de febrero de 2005 (Lucchetti Vs. República del Perú), www.ICSID.worldbank.org.

y por lo tanto, la posibilidad de que el contratante acceda ante el CIADI para la protección de sus derechos o la indemnización a que haya lugar.

Para que el CIADI conozca una reclamación contractual contra un Estado Receptor, es necesario que dicho Estado directamente (y no un ente suyo), haya suscrito con el respectivo inversor el contrato supuestamente afectado por sus actos u omisiones, no haya vicios en el consentimiento y quien lo haya suscrito tenga la legitimidad que el derecho interno señala para que se perfeccione la obligación. En este último caso, según lo establecido en el artículo 42 (1) del Convenio de Washington³⁸, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad a las normas de derecho acordada por las partes. A falta de acuerdo, se aplicará la legislación del Estado parte en la disputa, y aquellas normas de derecho internacional público aplicables a la controversia.

En definitiva, en los casos en que la responsabilidad contractual, coincide con la responsabilidad internacional, el inversionista debe evaluar la elección de fuentes y vías jurídicas a ejercer, no solo porque el derecho aplicable pudiese resultar distinto a sus legítimas pretensiones, sino porque además, según lo dispuesto en el artículo 26 del Convenio de Washington³⁹, el arbitraje ante el CIADI excluye cualquier otro recurso, de modo que la elección de vías administrativas o judiciales previas al sometimiento de la

³⁸ Artículo 42 (1) del Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (ejusdem): "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables."

³⁹ Artículo 26 del Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (ejusdem): "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio."

controversia ante el CIADI, puede resultar en una renuncia tácita a la jurisdicción de esta última.

De lo antes expuesto, se concluye que a los fines de que se pueda someter una controversia ante el CIADI, es necesario que una de las partes involucradas en la disputa sea un Estado miembro del Convenio de Washington y la otra parte sea un nacional de un Estado parte de dicho Convenio y que ambos hayan otorgado el consentimiento legal y legítimo.

Asimismo, resulta importante resaltar que la sola ratificación del Convenio de Washington no implica un consentimiento expreso por parte de determinado Estado en someter todas las controversias que susciten en relación a inversiones ante el CIADI. Dicho consentimiento debe ser manifestado de forma expresa por las partes involucradas (en los casos de arbitraje comercial a través de un contrato y en los casos de arbitrajes de inversión a través de un TBI o una ley interna) y para cada caso en particular.

2. Que surja directamente de una Inversión

A pesar de la ausencia de una definición de inversión, hay consenso en cuanto a las características que tiene una inversión a los efectos del Convenio de Washington, que han sido recogidas en los distintos TBI suscritos por Venezuela. Dentro de ellas se encuentran: (i) cierta duración; (ii) cierta regularidad de beneficio y rendimiento; (iii) que implique un elemento de riesgo para ambas partes; (iv) que implique compromisos o aportaciones substanciales; y, (v) debe ser importante para el desarrollo del Estado receptor.

Por su parte en la derogada Ley para la Promoción y Protección de Inversiones venezolana (Ley de Inversiones)⁴⁰, así como en la vigente Ley

⁴⁰ Publicada en Gaceta Oficial No. 5.390 de fecha 22 de octubre de 1999.

de Inversiones Extranjeras (Ley de Inversiones Extranjeras)⁴¹, en sus artículo 3⁴² y 5⁴³, respectivamente, se hace alusión a una definición de Inversión, de modo que en el ordenamiento jurídico venezolano, dicho significado estará definido ya sea en el TBI que resulte aplicable, o en su defecto, en la Ley venezolana, cuyo texto debe ser interpretado con criterios internacionales, es decir, a la luz del Convenio de Washington, para obtener una mayor amplitud de dicha definición.

3. Que la controversia haya surgido durante la vigencia del Régimen de Protección de Inversiones.

El régimen de protección de inversiones previsto tanto en los tratados como en la ley local aplicaría tanto a las inversiones ya existentes en el país al momento de su entrada en vigencia, como a las inversiones que se realicen con posterioridad a ésta, pero sus disposiciones no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferencia que se originen en hechos o actos ocurridos antes de su entrada en vigor. A pesar de la claridad de dicho principio, en la práctica no resulta tan sencillo establecer con precisión el momento exacto en que surgieron las diferencias de naturaleza jurídica, ya que se producen una vez se hayan verificado una serie de acontecimientos

⁴¹ Publicada en Gaceta Oficial No. 6.152 de fecha 18 de noviembre de 2014.

⁴² Artículo 3 de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones (ejusdem): “Todo activo destinado a la producción de renta, bajo cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación venezolana, incluyendo bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, sobre los cuales se ejerzan derechos de propiedad u otros derechos reales; títulos de crédito; derechos a prestaciones que tengan valor económico; derechos de propiedad intelectual, incluyendo conocimientos técnicos, el prestigio y la clientela; y los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales y las de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad con la ley.”

⁴³ Artículo 6 de la Ley de Inversiones Extranjeras (ejusdem): “ Todos aquellos recursos obtenidos lícitamente y destinados por un inversionista nacional o extranjero a la producción de bienes y servicios que incorporen materias primas o productos intermedios con énfasis en aquellos de origen o fabricación nacional, en las proporciones y condiciones establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley, que contribuyan a la creación de empleos, promoción de la pequeña y mediana industria, encadenamientos productivos endógenos, así como el desarrollo de innovación productiva.”

entre los cuales habría que distinguir, aquellos hechos que tienen relación de causalidad de aquellos que no la tienen. Asimismo, se debe tener en cuenta que suele haber una secuencia de acontecimientos que no pueden calificarse propiamente como de naturaleza jurídica, sino que son simplemente hechos que conducen al nacimiento de éstas últimas, lo que debe tomarse en cuenta para determinar si la controversia surgió o no bajo la vigencia de determinado régimen de protección de inversiones.

4. Que sea entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante.

El Convenio de Washington impide la posibilidad de que el CIADI pueda administrar arbitrajes entre dos Estados, entre dos particulares, así como arbitrajes entre un Estado y nacionales del mismo Estado parte en la diferencia. En consecuencia, las peticiones de arbitraje solo pueden ser realizadas por inversionistas nacionales de otro Estado parte de Convenio de Washington, contra el Estado receptor de la inversión que haya ratificado dicho Convenio. La demanda debe estar dirigida contra el Estado receptor de la inversión y no contra divisiones estatales, municipios, empresas del Estado u organismos públicos, salvo acreditación que el propio Estado otorgue a estos entes. Es por ello que, salvo dicha excepción, el Estado receptor de la inversión es siempre parte ante un arbitraje frente al CIADI, bien porque directamente ha comprometido su responsabilidad a través de los tratados, o bien, porque directamente ha suscrito con el inversor un contrato.

Si bien una de las partes es el Estado receptor, en cuanto se refiere al nacional de otro Estado contratante, resulta importante mencionar las consideraciones realizadas por el CIADI sobre las personas naturales y jurídicas, a saber: (i) en cuanto a las personas naturales, su nacionalidad

tanto al momento en que se produce el consentimiento para someter disputas a dicho Centro, así como al momento de realización de la petición de arbitraje, debe ser la de un Estado contratante distinto al Estado parte en la disputa, por lo que en ningún caso, la persona natural puede tener la nacionalidad del Estado parte en la controversia; y, (ii) en cuanto a la persona jurídica, el Convenio de Washington no solo contempla la posibilidad de presentar una solicitud de arbitraje por cualquier persona jurídica que a la fecha del consentimiento sea nacional de un Estado contratante distinto al Estado parte en la controversia, sino que también extiende la posibilidad al caso en el cual un inversionista extranjero constituya una sociedad local (controlada por éste) como vehículo de inversión. En este supuesto, hay que ser cautelosos al momento de constituir una sociedad como forma de proteger determinada inversión, debido a que en caso de que ocurra una restructuración corporativa con posterioridad a los hechos que dan lugar a una reclamación, con el exclusivo propósito de tener acceso a un arbitraje frente al CIADI, este evento pudiese ser considerado por el CIADI como abuso de forma o sociedad de conveniencia, y por ende rechazar su jurisdicción. Asimismo, en cuanto al término de nacionalidad o control extranjero para el caso de las personas jurídicas, ha sido sostenido por jurisprudencia emitida por el CIADI⁴⁴ que para definirlos, se debe tomar en cuenta el lugar de la constitución de la empresa, así como el lugar de su domicilio principal. Por otro lado, y para definir el control extranjero, se debe acudir factores como lo la responsabilidad de gestión, derechos de voto, nacionalidad de los directores, entre otros.

⁴⁴ Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001 (Autopista Concesionaria de Venezuela C.A Vs. República Bolivariana de Venezuela), citado por MEZGRAVIS, A: "Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI". *Arbitraje Comercial ... Op.cit.*, p. 383.

5. Que las partes hayan consentido por escrito en someter la controversia al CIADI

El consentimiento de las partes es la pieza fundamental sobre que recae el tratamiento ante el CIADI. El único requisito formal es que conste por escrito tanto la voluntad del Estado receptor como la del inversionista.

Según lo ha establecido el CIADI, el consentimiento de las partes debe existir al momento en que es presentada la solicitud al Centro, pero el Convenio de Washington no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento, por lo que se interpreta que este puede otorgarse para diferencias futuras, o respecto a diferencias que ya hayan surgido.

Al respecto, dentro de las formas en que los Estados e inversionistas expresan su consentimiento, consideramos importante realizar las siguientes precisiones:

1. Consentimiento del Estado: Los Estados manifiestan su consentimiento para acceder al CIADI mediante los siguientes instrumentos: (i) Tratados Multilaterales o TBI; y, (iii) leyes de inversión.

El primero de ellos está representado por los tratados internacionales, bien sean multilaterales o bilaterales. La mayoría de los TBI contienen un consentimiento genérico y por anticipado por parte de los Estados, los cuales han sido considerados como una oferta o una invitación al arbitraje, que pudiese ser aceptada por un inversionista en un momento ulterior.

El Segundo tipo de instrumento, está conformado por leyes de inversiones, las cuales en la mayoría de los casos son

consideradas ofertas abiertas de arbitraje. Sin embargo, respecto al caso de la ley venezolana, ha sido considerado por el propio CIADI en casos que citaremos más adelante, que la disposición contenida en el artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones⁴⁵ no es suficiente para que sea considerada como una oferta abierta de arbitraje contra el Estado venezolano. Dicha disposición presentó ambigüedades y contenía frases contradictorias, por lo que de su redacción se infería que además de lo establecido en la Ley de Inversiones, era necesario un consentimiento ulterior y por escrito de las partes, ya que la mera ratificación del Convenio de Washington por parte de Venezuela, no implicaba el consentimiento del Estado. Dicho criterio ha sido alegado por el Estado venezolano ante distintos procedimientos de arbitraje presentados contra este último ante el CIADI⁴⁶. Sin embargo, resulta importante mencionar que el CIADI, en casos similares a los que presentaba la normativa venezolana ha ratificado que solamente es necesario que el consentimiento de las partes sea manifestado por escrito, ya que el Convenio de Washington no establece una forma particular para que conste dicho consentimiento, así como tampoco exige que sea otorgado bajo la forma de caso por caso, por lo que puede ser otorgado de manera

⁴⁵ Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (ejusdem): "Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI- MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente".

⁴⁶ Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción de fecha 10 de junio de 2010 (Mobil Corporation Vs. República Bolivariana de Venezuela), www.ICSID.worldbank.org. Asimismo, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre Jurisdicción y Fondo de fecha 3 de septiembre de 2013 (Conoco Phillips Vs. República Bolivariana de Venezuela), www.ICSID.worldbank.org.

anticipada por una legislación interna, sin necesidad de una manifestación posterior de dicho consentimiento.⁴⁷ Ahora bien, el estado venezolano no aceptó dicha interpretación, por lo que dentro de sus reiterados argumentos ha destacado que la disposición contenida en el artículo 22 de la Ley de Inversiones, no era suficiente para considerarse como un consentimiento por escrito y anticipado del Estado venezolano a someter disputas ante el CIADI.

2. Consentimiento del Inversionista: El inversionista, puede manifestar su consentimiento a través de: (i) un acuerdo de arbitraje incluido en un contrato; (ii) mediante carta de aceptación de la oferta abierta incluida en un Convenio Multilateral, TBI o la ley de Inversiones; y, (iii) a través del registro de la solicitud de arbitraje. El primero de ellos es relativamente sencillo, ya que basta que el inversionista manifieste a través de una cláusula estipulada en el contrato, su consentimiento de someter ante el CIADI cualquier diferencia que surja en relación a dicho contrato. En cuanto al segundo supuesto, no es necesario que el consentimiento del Estado y del inversionista consten en el mismo instrumento. Así, el Estado puede manifestar su consentimiento en legislación nacional o en tratados, mientras que el inversionista puede presentar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta. En cuanto al tercer supuesto, en el caso

⁴⁷ Caso CIADI No. ARB/84/3, Decisión sobre jurisdicción de fecha 14 de abril de 1988 (Southern Pacific Properties Vs. República Árabe de Egipto), www.ICSID.worldbank.org. :“Con base a las consideraciones anteriores, el Tribunal decide que el Artículo 8 de la Ley No. 43 establece una secuencia obligatoria y jerárquica para los procedimientos de solución de disputas y constituye un expreso consentimiento escrito a la jurisdicción del Centro dentro del significado del artículo 25 (1) de la Convención de Washington en los casos en los que no existe otro método acordado para la solución de disputas y no existe un tratado bilateral aplicable”.

Tradex Hellas S.A., Vs. República de Albania⁴⁸, el CIADI consideró que el inversionista manifestó su consentimiento al momento en que presentó su solicitud de arbitraje, por lo que dicho Centro abiertamente acepta que la manifestación de consentimiento u aceptación a la oferta abierta de arbitraje por parte del Estado, se realice aún en la misma solicitud de arbitraje.

Capítulo III: Consecuencias Jurídicas que se derivan de la Denuncia de Venezuela del Convenio de Washington, relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

3.1 Consideraciones generales sobre la Denuncia del Convenio de Washington por parte de Venezuela.

La política del estado venezolano en materia petrolera que se mantuvo vigente entre 1975 y 1998, privilegió el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias, por las razones que quedaron plasmadas en la exposición de motivos de la ley aprobatoria de 1995 citados ut supra. A partir de 1999, con el cambio de orientación en los programas económicos y la finalización de la denominada “apertura petrolera”, el gobierno advirtió la posibilidad de la denuncia del Convenio de Washington por parte de Venezuela.

Desde finales del 2004, el gobierno venezolano comenzó a ejercer mayor presión sobre las compañías petroleras con inversiones en el país,

⁴⁸ Caso CIADI No. ARB/94/2,24 de diciembre de 1996 (Tradex Hellas, S.A. Vs. República de Albania), www.ICSID.worldbank.org: “ En relación al artículo 25 del Convenio de Washington, el Tribunal considera que si bien el consentimiento por escrito es la forma usual de sumisión a la jurisdicción del CIADI, puede considerarse como forma para manifestar dicho consentimiento, sin necesidad de alguna actuación adicional, el hecho de que sea unilateralmente manifestado por un Estado Contratante a través de una ley nacional, el cual en última instancia será efectivo cuando el inversor presente su solicitud de reclamo ante el CIADI, alegando la aplicación de dicha ley nacional. En consecuencia la Ley de 1993, en conjunto a la solicitud de arbitraje presentada por Tradex, debe ser considerada como consentimiento suficiente- si la sumisión a la jurisdicción contenida en la Ley de 1993 es aplicable como se examinará más adelante”. Traducción libre del Inglés.

previendo que al derogar las concesiones se iniciaran las demandas. Sin embargo, la única medida efectiva que adoptó el gobierno fue colocar una cláusula en los TBI suscritos por Venezuela y que a partir del año 2007 no contemplaban la posibilidad de someter cualquier disputa ante el CIADI.

Adicionalmente, con la eliminación de los Convenios Operativos en el año 2007, se iniciaron demandas de arbitraje por parte de compañías petroleras extranjeras afectadas por tales medidas. Esto aceleró la decisión del Estado de denunciar el Convenio de Washington de 1995, a los fines de evitar la jurisdicción del CIADI, sobre solicitudes realizadas por los inversionistas afectados.

Venezuela acompañaba así a los países miembros de la Alianza Bolivariana para las Américas (ALBA), como lo había hecho Ecuador y Bolivia, y denunciar el Convenio de Washington por considerar al CIADI contrario a la soberanía de los Estados. En este sentido, en abril del año 2007 durante la quinta reunión del ALBA, el Presidente de Bolivia para ese momento propuso a los Estados Miembros de dicha organización (Venezuela, Cuba, Bolivia y Nicaragua) retirarse en pleno del CIADI. La propuesta fue apoyada por Venezuela.

Sin embargo, no fue hasta el 24 de enero de 2012 que se materializó la denuncia de Venezuela del Convenio de Washington, para lo cual se envió una comunicación formal al Banco Mundial como depositario de dicho Convenio, a los fines de formalizar su denuncia.

En todo caso, hasta ahora la efectividad técnica de la denuncia del CIADI no ha sido comprobada en la práctica, por lo que el efecto real de la medida tomada, surtirá efectos con el paso del tiempo, mediante jurisprudencia que emitirá el Centro, frente a denuncias presentadas con

posterioridad al 24 de enero de 2012 contra el Estado Venezolano. Si bien, no hay certeza sobre la forma en que serán manejados los distintos casos que sean sometidos ante el CIADI, la decisión tomada por Venezuela, tiene un enorme impacto político y es un claro mensaje hacia los inversionistas extranjeros. Esto trae consecuencias negativas al desarrollo económico del país, debido a que los inversionistas no cuentan con un mecanismo alternativo reconocido para resolver sus conflictos de forma expedita, ni poseen la garantía de que serán respetados sus derechos fundamentales, siendo así disminuida la posibilidad de recibir inversión extranjera directa.

Asimismo, si bien Venezuela denunció el Convenio de Washington, esto no impide que el Estado sea demandado a través del Mecanismo Complementario del CIADI o a través de arbitrajes *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La medida tomada por el gobierno venezolano no impide además que se presenten solicitudes de arbitraje en distintos foros. La denuncia del Convenio de Washington no afecta los acuerdos de arbitraje para someter controversias ante el CIADI que se hayan perfeccionado antes de la referida denuncia, en consecuencia, Venezuela puede seguir siendo sometida a procedimientos de arbitraje con ocasión a dichos acuerdos, como en efecto, se siguen presentando a la fecha de este trabajo contra esta última.

3.2 Efectos Jurídicos de la Denuncia del Convenio de Washington.

La denuncia del Convenio de Washington por parte de otros estados, generó varias interrogantes. Hasta el año 2007, cuando Bolivia oficializó su denuncia del Convenio, ningún Estado se había retirado oficialmente del sistema. Luego de la denuncia realizada por este país, se suscitó un gran

debate en cuanto al momento en que se hace efectiva tal denuncia. Al respecto, el autor Victorino Tejera Pérez⁴⁹ hace alusión a tres posturas en cuanto a la efectividad de la denuncia del Convenio de Washington por un Estado parte de dicho Convenio.

En primer lugar, existe una posición conservadora la cual sostiene que la denuncia se hace efectiva inmediatamente. Otra tendencia opina que aun con posterioridad a la denuncia, existe un lapso adicional de seis (6) meses dentro de los cuales se puede invocar o aceptar las ofertas de arbitraje ante el CIADI preexistentes a la denuncia. Por otra parte, una posición menos conservadora opina que, válidamente un Estado denunciante puede someterse ante el CIADI aún después del lapso de vencimiento de los seis (6) meses siguientes a la denuncia, siempre y cuando haya un instrumento jurisdiccional como un TBI, que permita esa posibilidad. Incluso hay quienes han descrito el asunto desde un punto de vista teórico sin explicar cuál debería ser el resultado final en cuanto a la interpretación de los artículos 71⁵⁰ y 72⁵¹ del Convenio de Washington, y usan como base de estudio la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena)⁵².

De conformidad con la Convención de Viena, la terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de un Estado Parte, solo podrá tener lugar como resultado de lo dispuesto en el tratado en cuestión, o de lo dispuesto

⁴⁹ TEJERA, PÉREZ, Victorino: Arbitraje de Inversiones en Venezuela. Primera Edición. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 120 y ss.

⁵⁰ Artículo 71 del Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (ejusdem): " Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación."

⁵¹ Artículo 72 del Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (ejusdem): " Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71, no afectarán los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estados, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario."

⁵² Convención de Fecha 23 de Mayo de 1963. No ha sido ratificada por la República Bolivariana de Venezuela.

en la propia Convención de Viena. Sin embargo, resulta importante considerar el hecho de que no todos los Estados partes del Convenio de Washington han ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como es el caso de Venezuela.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que las normas de la Convención de Viena son consideradas como una fuente del derecho internacional público. El mismo artículo 4⁵³ de la Convención de Viena señala que su irretroactividad opera sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera de sus normas a las que los tratados estén sometidos en virtud del Derecho Internacional independiente de tal Convención. De tal forma, que las normas contenidas en la Convención de Viena son aplicadas, con frecuencia, por los tribunales arbitrales de inversiones en calidad de Derecho Internacional supletorio, por lo que sus contenidos, sirven de guía para interpretar los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington, antes mencionados.

Según la Convención de Viena, si un tratado contiene estipulaciones sobre terminación, denuncia o retiro, deberán acatarse tales estipulaciones. Si el tratado, no contiene reglamentación alguna al respecto, deberá seguirse el procedimiento establecido en la Convención. En el caso de estudio, se concluye que el Convenio de Washington indica el procedimiento específico que los Estados partes deben observar para denunciarlo. Por lo que serán aplicables éstas excluyendo a la Convención de Viena.

En definitiva, vistas las posturas antes expuestas, es mandatorio concluir que de conformidad al artículo 71 del Convenio de Washington, la

⁵³ Artículo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ejusdem): "Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicara a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados".

denuncia de Venezuela produce efectos seis (6) meses después de recibirse la notificación respectiva por el depositario, por lo que si bien en fecha 24 de enero de 2012, el Banco Mundial recibió la denuncia de Venezuela, el estado siguió siendo parte del Convenio de Washington durante los seis (6) meses siguientes, es decir hasta el 25 de julio de 2012.

Ahora bien, el artículo 72 del Convenio de Washington da lugar a problemas de interpretación en cuanto a las manifestaciones de las denominadas *ofertas de arbitraje ante el CIADI*, específicamente las contenidas en tratados o leyes de inversión y, eventualmente en contratos.

Para poder adelantar una conclusión, es necesario analizar el artículo 72 ejusdem. De dicha norma, se desprende que la denuncia del Convenio de Washington no afecta los derechos y obligaciones nacidos del consentimiento otorgado por el Estado o el inversionista antes del recibo de la notificación de la denuncia. Si se lee de manera aislada este artículo se puede incurrir en el error de aceptar que toda manifestación del consentimiento tendría que haber ocurrido con anterioridad a la fecha en que el Banco Mundial recibió la denuncia, es decir, al 24 de enero de 2012. Sin embargo, tomando en consideración las disposiciones contenidas en los mencionados artículos 71 y 72 de la Convención de Washington, han surgido distintas interpretaciones en cuanto a la fecha real en que ocurre la denuncia.

Al respecto, Schreuer⁵⁴ postula que de conformidad con el artículo 72 antes mencionado, el consentimiento del inversionista debe ser manifestado antes que tenga lugar la denuncia de dicho Convenio, es decir, antes de que el Banco Mundial reciba la respectiva notificación. Asimismo, dicho autor comparte el hecho de que el artículo 71 del Convenio de Washington

⁵⁴ TEJERA, V: *Arbitraje de Inversiones* *op.cit.*, pp. 125 y ss.

establece que la denuncia del mencionado Convenio sólo produce efectos seis (6) meses después de dicha notificación, por lo que no concede oportunidad para perfeccionar el consentimiento antes de expirar ese límite de tiempo. Básicamente, quienes comparten dicha afirmación, consideran que el consentimiento dado por un Estado a través de un TBI, no es más que una oferta de consentimiento y que la misma no asegura la jurisdicción del CIADI, ya que la oferta de consentimiento es una mera oferta, por lo cual es necesario que el inversionista la haya aceptado.

Por su parte, Julien Fouret⁵⁵ afirma que de acuerdo con el Derecho Internacional Consuetudinario, luce imposible argumentar que una norma de un TBI contiene alguna manifestación de consentimiento por parte de un Estado de someterse a procedimientos de arbitraje ante el CIADI. De igual forma, señala que considerar un TBI como un consentimiento al margen de los requisitos formales de la aceptación clara de ambas partes, representa ir contra el propósito y espíritu del Convenio de Washington, ya que crearía una suerte de jurisdicción obligatoria de las inversiones ante el CIADI aún para aquellos Estados que hubieran decidido expresamente retirarse de dicho sistema.

De los antecedentes o trabajos preparatorios del Convenio de Washington, se infiere el desarrollo de la tesis de Schreuer, sin embargo, en el año 2009, el mencionado autor aceptó que pudiese haber otra interpretación a la luz del artículo 72 del Convenio de Washington. En este sentido, destacó que mientras el artículo 25 (I) se refiere al consentimiento mutuo, el mencionado artículo 72 del Convenio de Washington se refiere al consentimiento dado por alguno de ellos. Con base a lo anteriormente

⁵⁵ TEJERA, V: *Arbitraje de Inversiones* *op.cit.*, p. 126.

expuesto, se entiende que la expresión *dado por alguno de ellos*, contenida en el artículo 72 del Convenio de Washington, se refiere a una manifestación unilateral del consentimiento del Estado receptor de la inversión, antes de la aceptación del inversor. Eso significaría que la simple manifestación del consentimiento por parte del Estado, permanece incólume ante la notificación a que se contrae el artículo 71 del Convenio de Washington. Asimismo, señala el autor que, bajo esta interpretación el inversor mantendría el derecho de aceptar la oferta de consentimiento del Estado Receptor de la inversión, aún después de la notificación a que se refiere el artículo 71, siempre y cuando, obviamente, la oferta continúe existiendo, así como asevera que la expiración del lapso de seis (6) meses a que se refiere dicha norma no afectaría ese derecho, ya que el derecho del inversionista de aceptar la oferta permanecería vigente hasta que el Estado retirara la oferta. Es por ello, que a los fines de sustraerse de los efectos del artículo 72 del Convenio de Washington, según esta nueva interpretación, el Estado tendría que revocar su consentimiento separadamente.

Si se trata de una ley de inversiones, dicha Ley deberá ser derogada o reformada, o si se trata de un TBI, el retiro de la oferta debe seguir los pasos establecidos en el Tratado para la no aplicabilidad de dicha oferta. Esta interpretación alternativa luce acorde con la postura de autores como Emmanuel Gaillard, Fernando Mantilla-Serrano, Oscar Garibaldi, entre otros⁵⁶.

Por otra parte, tal y como mencionamos, existe la posibilidad que la aceptación de la jurisdicción ante el CIADI surja de forma contractual. En este caso, y conforme a lo postulado por Schreuer, concluyo que se

⁵⁶ TEJERA, V: *Arbitraje de Inversiones.... Op.cit., p.128.*

aplicarían los mismos principios para el caso de que el consentimiento del Estado sea manifestado en un TBI o en una ley, con la salvedad que mediante un contrato no se puede hablar de una oferta de arbitraje por alguna de las partes, sino que con el acuerdo de arbitraje de tipo contractual, las partes involucradas manifiesten su voluntad de someter controversias ante dicho Centro. De allí que, cualquier disputa en relación al contrato será sometida ante el CIADI, aún después de la notificación a que se refiere el artículo 71 del Convenio de Washington, debido a que el lapso de expiración de seis (6) meses no afectaría dicho derecho, debiéndose modificar el contrato en caso de que alguna de las partes quiera revocar su consentimiento para dirimir sus controversias ante el CIADI.

De las interpretaciones expuestas, y de la lectura de los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington, se evidencia y reafirma que el consentimiento de un inversionista de someter una controversia ante el CIADI puede materializarse incluso si la oferta no ha sido aceptada por aquel antes de que el depositario haya recibido la notificación de denuncia. Así el inversionista tendría la posibilidad de manifestar su consentimiento y perfeccionar el acuerdo de arbitraje, mediante la aceptación de la oferta contenida en el TBI o en el la ley local, siempre y cuando dicha aceptación se produzca dentro del plazo de seis (6) meses a que se refiere el artículo 71 del Convenio de Washington. Una interpretación distinta despojaría a dicho artículo de todo fin práctico y efecto útil cuando se concatena el artículo 71 del Convenio de Washington, con el artículo 25 (I) de dicha Convención, que establece como requisito para que opere la jurisdicción del CIADI, que se trate de controversias jurídicas que deriven directamente de una inversión entre un Estado Parte y un nacional de otro Estado Parte, por lo que si un Estado denuncia dicho Convenio, luego del plazo de seis (6) para que sea

efectiva la mencionada denuncia, ya no se reúnen los requisitos necesarios para someter controversias a la jurisdicción del CIADI.

El artículo 72 del Convenio de Washington nos indica que la notificación de un Estado parte conforme al artículo 71, no afecta los derechos y obligaciones de dicho Estado denunciante o de sus nacionales, sin embargo, los derechos y obligaciones que no se ven afectados son aquellos en las cuales el consentimiento dado por el Estado denunciante o sus nacionales fue realizado con anterioridad al recibo de la notificación de denuncia por el depositario.

De esta manera, se concluye que antes del 24 de enero de 2012, Venezuela pudo haber celebrado contratos en los que se hubiera incluido cláusulas de arbitraje ante el CIADI, así como cualquier venezolano pudo haber celebrado un contrato, con un Estado parte del Convenio de Washington que estableciera el arbitraje ante el CIADI como mecanismo de resolución de controversias. En consecuencia, las controversias que surjan con ocasión a dichos contratos seguirían siendo susceptibles de ser sometidas ante el CIADI, aun Venezuela habiendo denunciado el Convenio de Washington, ya que el contenido del artículo 72 señala que la denuncia no afecta aquellos acuerdos de arbitraje CIADI en que una de las partes sea el Estado denunciante o uno de sus inversionistas nacionales. El mismo efecto jurídico aplica para ofertas de arbitrajes ante el CIADI contenidas en un TBI o en una ley interna, que hayan sido aceptadas con anterioridad a la denuncia del Convenio de Washington por parte de Venezuela.

El artículo 72 del Convenio de Washington establece la exclusión o prohibición de la posibilidad de que los acuerdos de arbitraje se puedan perfeccionar durante el lapso de aviso de seis (6) meses que contempla el artículo 71 del Convenio. Al respecto, se concluye que el artículo 72 del

Convenio de Washington no significa que la vigencia del Convenio de Washington cese inmediatamente con la recepción de la nota de denuncia del depositario. Si bien, el artículo 71 dispone que la denuncia producirá efectos seis (6) meses después del recibo de la notificación por el depositario, consideramos que también durante ese lapso es posible perfeccionar acuerdos de arbitraje ante el CIADI, bien sea en contratos entre las partes, o contenidos en TBI o en una ley local. Por último, y una vez analizado el contenido de los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington, se reafirma que transcurridos los seis (6) meses no es posible que se acepten ofertas de arbitraje alguna.

Con base a lo anteriormente expuesto, concluyo que los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington están dirigidos a regular realidades o situaciones de hecho distintas. Mientras que el artículo 71 determina la fecha exacta en que produce efectos la denuncia del Convenio de Washington, el artículo 72 constituye una expresión de la parte final del artículo 25 (1) del Convenio de Washington, según el cual el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. Esta norma es una manifestación de la regla de Derecho Internacional, según la cual el acuerdo de arbitraje tiene un estatus autónomo en relación a las demás disposiciones de un tratado, por lo que las disposiciones del artículo 72 no van dirigidas a meras ofertas de arbitraje, sino a acuerdos de arbitraje propiamente dichos. Esto aplica al caso venezolano, ya que si bien Venezuela denunció el Convenio de Washington, aquellos acuerdos de arbitraje ante el CIADI en los que Venezuela sea parte, o aquellos acuerdos en que una de las partes sea un inversionista venezolano, y que se hubieran perfeccionado antes de que Venezuela enviara la nota de denuncia al Banco Mundial, no fueron afectados por el hecho de que con posteridad al referido perfeccionamiento

de los acuerdos de arbitraje, Venezuela haya emitido dicha nota de denuncia. A partir de la fecha en que la denuncia se hizo efectiva (25 de julio de 2012), ya no pueden perfeccionarse acuerdos de arbitraje ante el CIADI respecto a eventuales controversias.

En efecto, cuando Venezuela dejó de ser un Estado parte del Convenio CIADI, dejó de cumplir con uno de los requisitos de *ratione personae* del artículo 25 (1) del Convenio de Washington. De tal forma, que los eventuales laudos arbitrales que sean dictados con ocasión a la resolución de controversias con Venezuela, tendrán que ser el resultado de otro tipo de arbitraje. Venezuela al denunciar el Convenio de Washington, se retrotrae al Reglamento del Mecanismo Complementario y al arbitraje independiente.

Capítulo IV: El Reglamento del Mecanismo Complementario y Otras Instancias para conocer Procedimientos de Arbitraje con ocasión a Inversiones realizadas en Venezuela.

4.1 El Mecanismo Complementario del CIADI como mecanismo alternativo para conocer disputas presentadas contra el Estado Venezolano.

El Consejo Administrativo del CIADI adoptó en el año 1978 el Reglamento del Mecanismo Complementario, autorizando al Secretario del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados, y que estos estuviesen fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Washington. Serán éstos los comprendidos dentro de las siguientes categorías (i) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del CIADI, en

razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado parte del Convenio CIADI; (ii) Procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del CIADI, en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte de la diferencia sea un Estado Contratante, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria; y, (iii) procedimientos de comprobación de hechos.

Procesalmente, el arbitraje bajo el Convenio CIADI y el arbitraje bajo el Mecanismo Complementario CIADI son casi idénticos. No obstante, este último no goza de todas las ventajas de las cuales se encuentra investido un arbitraje CIADI. El laudo arbitral del Mecanismo Complementario deberá ser reconocido y ejecutado a través de las convenciones internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de la Convención de Nueva York de 1958 o la Convención de Panamá de 1975. Por ello, un número importante de casos de arbitraje que son conducidos a través del Mecanismo Complementario, requieren el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral por parte de las autoridades competentes. El laudo dictado por el CIADI tiene efectos ejecutivos.

Asimismo, los laudos arbitrales dictados bajo el Mecanismo Complementario son susceptibles de control judicial a través de recursos locales tales como, el recurso de nulidad a que se contrae nuestra LAC, es decir, el laudo puede ser cuestionado no conforme al mecanismo de solicitud de anulación establecido en el Convenio de Washington, sino de acuerdo con lo establecido en leyes internas del estado donde se haya llevado el arbitraje y ante los tribunales ordinarios de dicho lugar, a diferencia del laudo del CIADI.

4.2 Otras Instancias para conocer Procedimientos de Arbitraje con ocasión a Inversiones realizadas en Venezuela.

La Ley local venezolana, al igual que lo hacen los TBI, contiene normas respecto a la protección de inversiones. La principal diferencia con los TBI, es que la ley aplica a todos los inversionistas en Venezuela, tanto nacionales como extranjeros, mientras que los TBI solo aplican a los nacionales de los respectivos Estados partes y a los propios Estados parte.

Al momento en que fue elaborado el presente trabajo de investigación, se encontraba vigente la Ley de Inversiones de 1999. Ahora bien, recientemente fue publicada la Ley de Inversiones Extranjeras, la cual derogó la Ley de Inversiones antes mencionada. En dicha reforma, no se hace alusión a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Inversiones, artículo que será analizado como antecedente en nuestra legislación en cuanto al consentimiento expresado por el Estado en una ley local para someter disputas ante el CIADI.

En relación al artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones, ha sido ampliamente debatido el hecho de si esa norma representó o no una oferta de consentimiento al arbitraje del CIADI. El autor Eugenio Hernández-Breton⁵⁷, afirma fundamentándose en argumentos únicamente del derecho venezolano, que en dicha ley en efecto existe tal oferta de consentimiento a la sumisión a arbitraje ante el CIADI. Por su parte, el autor Omar García Bolívar⁵⁸, y con base a la misma ley nacional han negado la oferta. Adicionalmente, la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversiones realizada por el autor Allan Brewer-Carias⁵⁹, ha llegado a la afirmación de

⁵⁷ Citado por TEJERA, V: *Arbitraje de Inversiones...* op.cit., pp.222 y ss.

⁵⁸ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar: "El Arbitraje en el Marco de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Las posibles interpretaciones". *Revista de Derecho*. No. 26. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 313 y sig.

⁵⁹ Citado por TEJERA, V: *Arbitraje de Inversiones...* op.cit., p. 223.

que efectivamente existe tal oferta de consentimiento por parte de la República.

La discusión en torno al mencionado artículo 22 de la Ley de Inversiones, no es sólo teórica. Algunos casos contra Venezuela se han fundamentado en esta ley. Citamos el caso *Mobil vs. Venezuela*⁶⁰ y *Cemex Vs. Venezuela*⁶¹. Antes de que fuese dictada en el año 2010 la decisión en torno a la jurisdicción en relación al caso *Mobil vs. Venezuela*, ningún tribunal arbitral se había pronunciado acerca de si el artículo 22 de la Ley de Inversiones contenía, o no, una oferta de arbitraje ante el CIADI dirigida a todos los inversionistas internacionales en la República, aún en ausencia de un tratado o acuerdo específico a ese efecto.

En ambos casos, la República objetó la jurisdicción del CIADI, indicando que el consentimiento al arbitraje debe ser claro e inequívoco. También alegó que el artículo 22 de la Ley de Inversiones solo contenía una confirmación de que el arbitraje es un medio legítimo de resolución de conflictos sobre inversiones, siempre y cuando éste haya consentido al arbitraje en un tratado en particular.

Comparando ambas decisiones, para el caso de *Mobil vs. Venezuela* (en lo sucesivo “tribunal Mobil”) el tribunal arbitral indicó que la legislación, así como los actos unilaterales mediante los cuales los Estados manifiestan su consentimiento de jurisdicción al CIADI, deben ser considerados como ofertas de consentimiento bajo el Convenio de Washington, lo cual en forma similar fue considerado por el tribunal arbitral en el caso *Cemex vs. Venezuela* (en lo sucesivo “tribunal Cemex”), al determinar que los actos

⁶⁰ Caso CIADI No. ARB/07/27, 10 de junio de 2010 (*Mobil Corporation Vs. República Bolivariana de Venezuela*), www.icsid.worldbank.org.

⁶¹ Caso CIADI No. ARB/08/15, 30 de diciembre de 2010 (*Cemex Caracas Investment B.V. y Cemex Caracas II Investment B.V Vs. República Bolivariana de Venezuela*), www.italaw.com.

unilaterales en virtud de los cuales un Estado consiente a la jurisdicción del CIADI, son ofertas permanentes formuladas por un Estado soberano a inversionistas extranjeros, de conformidad con lo establecido en el Convenio de Washington, pudiendo ser incorporadas dichas ofertas en la legislación interna, pero sea cual fuere su forma, deben interpretarse conforme al Convenio de Washington y de acuerdo a los principios de Derecho Internacional que rigen las declaraciones unilaterales de los Estados.

Asimismo, ambos tribunales dictaminaron que la declaración unilateral debe ser interpretada de forma natural y razonable, teniendo en cuenta la intención del Estado que se trate, por lo que, si el texto no es claro, la declaración debe ser interpretada teniendo en cuenta el contexto y examinando la prueba referente a las circunstancias de su preparación y a los fines que se pretendían alcanzar.

Puede considerarse que algunas de las partes del análisis realizado por el Tribunal Mobil y el Tribunal Cemex son acertadas, pero existe un desacuerdo en cuanto al resultado final de sus decisiones, ya que si bien resulta aplicable el Derecho Internacional relativo a la interpretación de actos unilaterales, se debió llegar a la conclusión de que el contenido del artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones se pudo considerar como una oferta unilateral de arbitraje.

En definitiva, en respuesta a los planteamientos de las partes, en el caso Mobil vs. Venezuela, el tribunal dictaminó su falta de jurisdicción respecto a las reclamaciones basadas en el artículo 22 de la Ley de Inversiones. Por su parte, en el caso Cemex vs. Venezuela, el tribunal arbitral también declaró su falta de jurisdicción respecto a reclamaciones basadas en el mencionado artículo 22.

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 1.541⁶² de fecha 17 de octubre de 2008, declaró que el artículo 22 de la mencionada Ley de Inversiones no contenía una oferta de arbitraje abierta a todos los inversionistas internacionales para acudir ante el CIADI, por lo que de acuerdo a la doctrina de nuestro máximo Tribunal no puede acudirse ante el CIADI con base a dicho artículo.

Vista la sentencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia, nos surge la duda de si por lo menos hasta que el Convenio de Washington estuvo vigente, el artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones pudo seguir siendo considerado como una oferta de arbitraje ante el CIADI. En principio, y tomando en consideración la mencionada sentencia, se pudiese afirmar que en el contexto de nuevas inversiones, la sentencia No. 1.541 funciona como un mecanismo del derecho venezolano porque éste retiró tal oferta de arbitraje. La máxima instancia judicial disipó las dudas en relación a la aplicabilidad de dicho artículo 22 de la Ley de Inversiones, por lo que nuevas inversiones internacionales post-sentencia No. 1.541 y mientras el Convenio

⁶² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 1.541 del 17 de octubre de 2008 (Recurso de Interpretación del artículo 258 de la Constitución), www.tsj.gob.ve: "De ello resulta pues, que la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, no contiene en sí misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional regulado por el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), sino que remite al contenido de los mismos para determinar la procedencia del arbitraje, lo cual en el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), sí se verifica ya que el contenido del mismo es expreso al respecto; situación que no ocurre para el caso del artículo 25 del Convenio CIADI, antes citado (y como ha sido pacíficamente sostenido en el plano internacional, como se trató *supra*, en donde se ha señalado que la sola suscripción del Convenio no comporta una pretendida oferta unilateral) (...). Una interpretación del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, que concluya que el mismo realizó una oferta general en materia de inversiones extranjeras para someterse a los procedimientos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, llevaría al absurdo de considerar que el Estado no puede elegir un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses (*Forum Shopping*), ya que sometería todas sus controversias en materia de inversiones a las previsiones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y al Reglamento del Mecanismo Complementario en violación del principio de buena fe y del principio *indubio mitius*".

de Washington estuvo vigente, no gozarían de acceso de arbitraje ante el CIADI, únicamente en base al artículo 22 de dicha ley.

La conclusión antes expuesta, tuvo mayor relevancia antes de la denuncia de Venezuela del Convenio de Washington, ya que una vez hecha efectiva ésta, la oferta de arbitraje del artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones quedo revocada en la práctica. En consecuencia, aquellos inversionistas internacionales que, aunque hubiesen realizado su inversión en Venezuela hace varios años, no hubiesen aceptado la oferta de arbitraje ante el CIADI antes que la denuncia de Washington fuese efectiva, no tenían la posibilidad de invocar dicha oferta.

Independientemente a lo señalado en las sentencias mencionadas, se concluye que a pesar de la redacción del artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones, efectivamente si contenía una oferta escrita de consentimiento de arbitraje ante el CIADI por parte de Venezuela, por lo que mientras la Convención de Washington estuvo vigente, se podía perfeccionar el acuerdo de arbitraje mediante la aceptación escrita del inversionista. El artículo 22 de la Ley de Inversiones manifestaba un acto unilateral en el contexto de una relación convencional, es decir, la relación convencional entre los Estados partes en el Convenio de Washington, por lo que dicha norma cumple con los requisitos establecidos en dicho Convenio, como lo sería que el consentimiento de las partes debe ser por escrito.

Ahora bien, consideramos que la discusión con relación al artículo 22 de la Ley de Inversiones, en cuanto al CIADI se mantiene para aquellos casos presentados ante dicho Centro antes de la derogatoria de la Ley de Inversiones de 1999. El CIADI será quien en definitiva determine en cada arbitraje en que se invoque, si en dicha norma existe jurisdicción o no por parte de éste último, independientemente de que exista una sentencia del

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que ratifique que la Ley de Inversiones no posee una oferta a arbitraje ante el CIADI, ya que la decisión de los tribunales venezolanos no pueden ejercer control sobre las decisiones del CIADI en el ámbito de su propia competencia.

Vista la nueva Ley de Inversiones Extranjeras, se afirma que el debate sobre una oferta de arbitraje contenida en la ley local venezolana ha llegado a su fin. En dicha ley fue eliminado el artículo 22 mencionado *ut supra*, siendo revocado cualquier tipo de manifestación de consentimiento para someter disputas con ocasión a una inversión a arbitraje.

Por su parte, el artículo 5⁶³ de la Ley de Inversiones Extranjeras hace mención a que dichas inversiones quedarán sometidas a la jurisdicción de los Tribunales de la República, pudiendo esta última participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe. Si bien se elimina cualquier mención al sometimiento de disputas a arbitraje, es importante resaltar que dicha institución ha sido consagrada por la Constitución como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, siendo incluida como parte integrante del sistema de justicia venezolano. Visto lo expuesto, se concluye que si bien la Ley de Inversiones Extranjeras contiene un mandato expreso de someter disputas con ocasión a inversiones a los tribunales venezolanos, nada impide que el Estado otorgue su consentimiento de forma inequívoca y por escrito a someter diputas a instancias arbitrales (a través de un TBI o contrato), debido a que la consagración constitucional de fomentar el arbitraje, así como su

⁶³ Artículo 5 Ley de Inversiones Extranjeras (ejusdem): "Las Inversiones Extranjeras quedarán sometidas a la Jurisdicción de los Tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. La República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe".

reconocimiento para resolver controversias entre las partes, prevalece sobre una ley local.

En cuanto a las alternativas que poseen los inversionistas con ocasión a la denuncia de Convenio de Washington, se afirma que lo contenido en el artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones permanece vigente, debido a que hay otros tratados suscritos por la República que permiten el acceso a tribunales arbitrales para dirimir controversias, manteniéndose así las alternativas ofrecidas por el derogado artículo 22, siempre y cuando haya un consentimiento expreso de las partes de acudir a un arbitraje internacional.

La primera de ellas hace alusión a la cláusula de arbitraje contenida en el respectivo TBI, para lo que la mencionada ley reconocía que en caso de que Venezuela suscriba un TBI, las controversias serían sometidas a un arbitraje internacional, conforme a lo establecido en cada TBI, según sea el caso (Si el TBI hace mención a arbitraje ante el CIADI, dicha sumisión es posible si la oferta se perfeccionó con anterioridad a la efectividad de la denuncia de dicho Convenio, es decir el 25 de julio del 2012). Hoy en día, dicha afirmación se mantiene, aunque no haya una disposición legal que lo consagre.

Como segunda alternativa, se encuentra el Convenio OMGI-MIGA, el cual funciona como una garantía de inversiones a los fines de propiciar el flujo de inversiones para fines productivos entre los Estados miembros, y en especial hacia los países en desarrollo, que hace parte junto a los TBI, la Ley de Inversiones derogada y el denunciado Convenio de Washington, del compendio legal venezolano en materia de promoción y protección de inversiones de la apertura económica emprendida a comienzo de la década de los años 90, los cuales para la fecha se encuentran inexistentes o derogados.

En referencia al Convenio OMGI-MIGA, resulta importante destacar, que si bien el mismo no contempla un arbitraje de inversiones Estado-inversionista en la misma forma que lo contemplan los TBI o el Convenio de Washington, dicho Convenio contempla la posibilidad de un arbitraje entre el OMGI y el respectivo Estado miembro, por lo que somos del criterio que el único caso en que el Convenio OMGI-MIGA aplicaría respecto a controversias entre inversionistas internacionales y la República, sería cuando el OMGI actúe en lugar del inversionista, es decir, cuando exista una garantía OMGI específica respecto a alguna inversión en Venezuela y el inversionista como beneficiario de tal garantía OMGI hubiese sido compensado. En este caso, el OMGI estaría presentando una reclamación contra Venezuela, actuando en subrogación del inversionista y con base al Convenio OMGI-MIGA. A la fecha, Venezuela sigue siendo miembro del mencionada Convenio, por lo continua como alternativa para los inversionistas proteger sus inversiones, en los casos que resulte aplicable.

Por último, existe la posibilidad de hacer uso de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente. Resulta importante destacar que, contrario al alegato presentado por Venezuela en cuanto a que el derogado artículo 22 de la Ley de Inversiones no constituye una oferta de arbitraje, resulta evidente que el legislador, en su momento, las incluyó para aclarar que el único medio para la resolución de controversias no es el arbitraje ante el CIADI, sino que otorga al inversionista la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios. En otras palabras, si la posición de la República en cuanto a la interpretación del artículo 22 de la derogada Ley de Inversiones fuese válida, no hubiese sido necesaria la referencia a la legislación interna, ya que se entiende que el mecanismo existente, es la vía contenciosa y judicial establecida en el ordenamiento jurídico venezolano.

Se concluye, que en su oportunidad el artículo 22 de la Ley de Inversiones constituyó una oferta de arbitraje ante el CIADI, y hacía posible que con base a dicha norma fuesen conocidas las disputas ante el CIADI, siempre y cuando la oferta de arbitraje se haya perfeccionado antes de 25 de julio de 2012, ya que todo acto posterior no es válido para que sean conocidas disputas ante el CIADI. Es por ello, que en modo general se deberá hacer dicha interpretación para cada caso concreto presentado ante el CIADI. El Centro deberá pronunciarse en cuanto a su jurisdicción con base al artículo 22 de la Ley de Inversiones venezolana (para casos presentados con anterioridad a que fuese derogada) algún TBI o determinado contrato, según cada caso en concreto.

En definitiva, el inversionista con posterioridad a la denuncia, (25 de julio de 2012) cuenta con otras alternativas, como lo son: el Mecanismo Complementario; el Convenio OMGI-MIGA (cuando resulte aplicable); el arbitraje independiente y por último las vías contenciosas contempladas en el ordenamiento jurídico venezolano.

7. Conclusiones.

El arbitraje tuvo un desarrollo normativo en el tiempo, influido por los momentos históricos que vivió Venezuela. Sin duda, la Constitución de 1999 marco un gran avance en materia de arbitraje, debido a la consagración constitucional de dicha institución como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos. Los organismos de administración de justicia y demás entes del Estado deben fomentar la utilización del arbitraje para resolver controversias que susciten entre las partes, con el beneficio de obtener un laudo y por ende la resolución del conflicto de forma más expedita que la que ofrecen los tribunales ordinarios venezolanos.

A lo largo de los años, se ha comprobado que tanto los TBI, como las leyes locales tendientes a proteger las inversiones, ofrecen una serie de estándares, los cuales usualmente incluyen un trato justo y equitativo, trato nacional, principio de la nación favorecida, condiciones en caso de expropiaciones, libre transferencia, cumplimiento de contratos y mecanismos neutrales para la solución de controversias, que pueden resolverse mediante el arbitraje.

Ha sido fundamental el papel del CIADI como organismo internacional con jurisdicción para conocer los casos del Estado venezolano o inversionistas venezolanos como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, en las disputas de naturaleza jurídica relacionadas con la protección de inversiones y cumplimiento de obligaciones internacionales a cargo de los Estados. Es un actor fundamental en materia de inversión internacional y desarrollo económico, como lo demuestra la gran cantidad de Estados que se han hecho parte, y las numerosas referencias que recibe en los TBI. Si bien, algunos Estados han criticado la actuación del CIADI en cuanto a su tendencia en favorecer a los inversionistas, dichas críticas

quedan desvirtuadas de manera categórica debido a que los Estados han prevalecido en más de la mitad de los casos que terminaron por decisión del Tribunal Arbitral.

En cuanto a la jurisdicción de dicho Centro, el Convenio de Washington establece los requisitos que se deben reunir para que el CIADI posea jurisdicción y pueda conocer los casos que le sean presentados, así como el procedimiento a seguir en el supuesto de que se produzca su denuncia por algún Estado Parte. Es por ello que no basta que el Convenio de Washington haya sido ratificado por Venezuela, sino que las partes involucradas hayan consentido por escrito en someter determinada controversia ante el CIADI. Dicho consentimiento ocurre por la aceptación del inversionista de la oferta abierta de arbitraje del CIADI que un Estado realiza, bien sea en un TBI o en una ley local, así como en un acuerdo de arbitraje contemplado en determinados contratos.

Visto lo antes expuesto, y en base al estudio realizado en el presente trabajo de investigación, se concluye que el CIADI no posee jurisdicción para decidir asuntos que sean sometidos a su conocimiento, ya que lo contenido en los TBI o en las leyes locales es una simple oferta de arbitraje, la cual es perfeccionada cuando la otra (el inversionista) parte manifiesta su consentimiento de acudir a un arbitraje ante el CIADI.

Igualmente, se concluye que la denuncia realizada por Venezuela para desvincularse de la jurisdicción del CIADI, no implica que aquellos acuerdos de arbitraje perfeccionados durante la vigencia del Convenio de Washington hayan quedado sin efecto. La redacción de los artículos 71 y 72 del Convenio de Washington, ratifican que todas aquellas solicitudes de arbitraje presentadas antes del 25 de julio de 2012, bien sea contra el Estado venezolano o por inversionistas venezolanos contra otros Estados partes, se

encuentran amparadas bajo la jurisdicción del CIADI, y por ende dicho centro puede conocer la disputa en cuestión, si reúne todos los requerimientos necesarios para que opere la jurisdicción de dicho Centro.

El mismo principio aplica para aquellos contratos suscritos con anterioridad al 25 de julio de 2012, mediante los cuales las partes involucradas (Estados partes y nacionales de Estados partes del Convenio de Washington) hayan decidido someter disputas ante el CIADI.

Para aquellos casos en que no opere la jurisdicción de CIADI vista la denuncia realizada por Estado venezolano, los inversionistas y el Estado cuentan con otros mecanismos para someter sus controversias de arbitraje; estos son: el Mecanismo Complementario ante el CIADI; el Convenio OMGI-MIGA (cuando resulte aplicable); el arbitraje independiente, así como las vías contenciosas contempladas en el ordenamiento jurídico venezolano.

La denuncia del Convenio de Washington realizada por el Estado venezolano, constituye una merma en la protección de los derechos de inversionistas extranjeros en el país, lo que conlleva a un estancamiento en el crecimiento y desarrollo del comercio en Venezuela y la posibilidad de obtener nuevas inversiones ante la ausencia de una norma internacional que les proteja.

Los inversionistas extranjeros que contraten con el Estado deberán luego de la denuncia de Convenio de Washington que sustrajo a Venezuela de la jurisdicción del CIADI, deberán encontrar otros mecanismos que de conformidad al ordenamiento jurídico venezolano sean aptos para canalizar y proteger su inversión en Venezuela.

La denuncia del Convenio de Washington ha sido sin duda un detrimento al régimen jurídico venezolano para la protección de las

inversiones extranjeras, sin embargo, los inversionistas no se encuentran del todo desprotegidos ya que Venezuela posee un amplio sistema normativo (constituido principalmente por tratados ratificados por el Estado), que otorgan acceso a otros foros arbitrales para conocer disputas que se presenten, en aras de garantizar la protección de su inversión, un trato justo e igualitario, así como una justa indemnización en caso de expropiaciones.

Hoy en día existe la posibilidad de acudir a otros centros de arbitraje internacionales distintos al CIADI, independientemente de la eliminación del artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999, debido a tratados internacionales, acuerdos y contratos suscritos por la República que así lo permiten, siendo requisito sine qua non para ello, el consentimiento expreso e inequívoco de las partes en dirimir sus controversias a través del arbitraje internacional.

8. Esquema de la Investigación.

Capítulo I: El Arbitraje Comercial Internacional y su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Venezolano.

1.1 Antecedentes del Arbitraje.

1.2 Definición y Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

1.3 Normativa Internacional que regula al Arbitraje Comercial.

1.4 Normativa que regula al Arbitraje Comercial en Venezuela.

Capítulo II: El CIADI como Mecanismo Alternativo para la Resolución de Conflictos con relación a Inversiones realizadas en Venezuela.

2.1 Consideraciones generales sobre el CIADI.

2.2 Jurisdicción del CIADI en materia de Arbitraje.

Capítulo III: Consecuencias Jurídicas que se derivan de la Denuncia de Venezuela del Convenio de Washington, relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

3.1 Consideraciones generales sobre la denuncia del Convenio de Washington por parte de Venezuela.

3.2 Efectos jurídicos de la denuncia del Convenio de Washington.

Capítulo IV: El Reglamento del Mecanismo Complementario y Otras instancias para conocer Procedimientos de Arbitraje con ocasión a Inversiones realizadas en Venezuela.

- 4.1 El Mecanismo Complementario del CIADI como mecanismo alternativo para conocer disputas presentadas contra el Estado Venezolano.
- 4.2 Otras Instancias para conocer Procedimientos de Arbitraje con ocasión a Inversiones realizadas en Venezuela.

9. Referencias.

Referencias Bibliográficas

AARONS, Fred; ALVINS, Ramón; ALCALÁ, Federica; ANZOLA, Eloy; BERMÚDEZ, Diógenes; CARRILLO, Marcos; DÍAZ – CANDIA, Hernando; DUQUE CORREDOR, Román; ELJURI, Elizabeth; VOJVODIC, Natalija; GIRAUD, Vanessa; ESCOVAR ALVARADO, Ramón; HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo; MEZGRAVIS, Andrés: Memoria Arbitral. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – CEDCA, Editorial Torino, Caracas, 2011.

ANZOLA, J. Eloy: El Fatigoso Camino que enfrenta el Arbitraje. En: Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

BERMÚDEZ, Diógenes: El Arbitraje en los Tratados de Protección de Inversiones suscritos por Venezuela. En: Memoria Arbitral. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – CEDCA, Editorial Torino, Caracas, 2011.

DÍAZ-CANDÍA, Hernando: El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje. Segunda Edición, Editorial Legis, Caracas, 2013.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar: El Arbitraje en el Marco de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Las posibles interpretaciones. Revista de Derecho, No. 26. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo: Evolución del Arbitraje Comercial Interno e Internacional. En: Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: Arbitraje y Constitución. El Arbitraje como Derecho Fundamental. En: Libro de Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

MEZGRAVIS, Andrés: Las Inversiones Petroleras en Venezuela y el Arbitraje ante el CIADI. En: Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

MOGOLLÓN ROJAS, Ivor Dalvano: El Arbitraje Comercial Venezolano, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

PETIT DA COSTA, Jesús: Dictamen 4211 de 19 de diciembre de 1996. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 102. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997.

SÁNQUIZ PALENCIA, Shirley: El Derecho Aplicable al Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Venezolano. Primera Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

TEJERA PÉREZ, Victorino: Arbitraje de Inversiones en Venezuela. Primera Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

Referencias Electrónicas

ESTRAÑO, Alfredo José: La Técnica de la Investigación Jurídica Dogmática, <http://www.entorno-empresarial.com/imprimir.php?id=2739>. 15/07/2012. www.entorno-empresarial.com

PETTERSSON STOLK, Roland: La Salida de Venezuela del CIADI. Sus Efectos Jurídicos desde el punto de vista de la Inversión Extranjera, <http://www.badellgrau.com/?pag=17&ct=1153>. 15/07/2012. www.badellgrau.com.

Referencias Legales

Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial No. 4.196 del 2 de agosto de 1990.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.908 del 19 de febrero de 2009.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1963.

Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), Gaceta Oficial Extraordinaria del 22 de septiembre de 1993.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Gaceta Oficial No. 33.170 del 22 de febrero de 1985.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Gaceta Oficial No. 33.144 del 15 de enero de 1985.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.832 de fecha 29 de diciembre de 1994.

Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Gaceta Oficial No. 35.685 del 3 de abril de 1995.

Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial No. 36.430 del 7 de abril de 1998.

Ley de Inversiones Extranjeras, Gaceta Oficial No. 6.152 del 18 de noviembre de 2014.

Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, Gaceta Oficial No. 5.390 del 22 de octubre de 1999.